

刑罰に関する小講義（改）

小林 憲太郎

- I 刑法学における刑罰
- II 刑罰の目的
- III 外向きの刑罰論，内向きの刑罰論，刑罰論の外枠
- IV 生産的な議論に向けて

本稿は、ホセ・ヨンパルトほか編『法の理論（第28巻）』（成文堂・2009）に拙稿「刑罰に関する小講義」を掲載する際、制限字数の関係で削除せざるをえなかった記述を復活させた改訂稿である。刑法研究者が法哲学（ないし他の法分野）の先生方に、若干の意見具申を行う内容となっているため、同書に掲載されることを前提とした表現を、あえてそのまま残してある。さらに本稿の補足については拙稿「特集『今、刑罰を考える』へのコメント』『法の理論（第29巻）』（成文堂・2010）掲載予定をご参照いただきたい。

I 刑法学における刑罰

まずは、このたび『法の理論』という非常にprestigeの高い、しかも法哲学の論文集に対し、私のような若輩の刑法学者が寄稿する機会を与えて下さった先生方に、心よりお礼を申し上げたい。

さて、今回の特集テーマは「今、刑罰を考える」というものであるが、そこで私が刑罰の法哲学的考察を行うことも、はたまた刑罰の刑法学的考察を行うことも、おそらく適当ではないであろう。前者は不可能であり、後者は無意味だからである。したがって、ここでは法哲学者の方々に、ふつうの刑法学者が刑罰に関して一般にどのように考えているかを、簡単にご説明させていただくことにした。そもそも、そういった作業を行う適切な文献がいまだ存在せず、その結果として刑法学における刑罰の一般的なとらえ方が、きちんと伝わっていない現状においては、ここでそのような作業を行うことも、まったく意味がないわけではないと思われる。

たとえば、いうところの基本書（実定法以外の講義科目においては教科書というのであろうか）は学者の確定判決とも称されるように、著者のこれまで発表してきた論文のエッセンスを抽出してまとめたものにすぎないから、言葉足らずも極まれりである。私は日ごろから新刊の基本書を目にするたびに、「今の自分なら理解できるが、著者の論文をいまだ読んでいない段階では十分に理解できないであろうし、いわんや他分野の学者、そして学生をやである」と感じている。実際、きわめて優秀な実務家——ひいては法哲学者——の著した論文でさえ、刑法学者の基本書だけを読んで学説を検討したものなどは、問題意識が必ずしも的確に共有されていないケースが多く、天才でも知らない言語は話せないというのがよく分かる。そこで基本書がダメなら直接、論文にあたるのかという話になるが、それはそれで大いに問題がある。少なくとも主要な基本書くらいは全体としてきちんと理解できていないと、専門的な学術論文をきちんと理解することなど到底不可能だからである。

ではいったい何から始めればよいのか。たしかにこのように述べるだけでは結局のところ、閉鎖的な刑法学界が部外者を煙に巻いて排斥するだけの、それゆえ本稿の標榜する目的をはなから挫折させる、ある種の自己欺瞞と受け取られてもやむをえないであろう。この一見すると論理的に循環しているガイダンスは、しかし、刑法学もまた *Lehren* のひとつであることを示すものにすぎない¹⁾。あっちに行ったりこっちに行ったりしながら刑法学の「お作法」に慣れ親しみ、そのうちに議論の相手である刑法学者は専門家を、そしてまた乳母のごとき後見的配慮をやめるようになるのである。したがって本稿も、かかる循環を論理的に断ち切るという意味で、「適切な文献」たらんことを欲するわけではない。そうではなくて、せいぜい「行ったり来たり」を大幅に減らす、いかえれば刑法学の「お作法」をマスターするためのコツを、刑法学者以外の方々に伝えようとするものにすぎないのである²⁾。

1) このことをはっきり示すのが、現在、最も有力な理論刑法学者の一人である井田良の手になる、『講義刑法学・総論』（有斐閣・2008）の「はしがき」である。いわく「私は、本書が『のほりきった後には投げ捨てねばならない梯子』（ルートヴィヒ・ウィトゲンシュタイン）として読者の役に立つことだけを願うものである」と。もっとも本文中で述べたところが論者の真意とするなら『論考』ではなくて、むしろ『探究』——刑法学者がそういうときは、たいてい山口厚『問題探究 刑法総論』（有斐閣・1998）を意図しているのだが——から引用すべきだったと思われる。

2) 私（たち）が最近になって、刑法学の「お作法」を読者に身につけてもらうための書籍として、わざわざ事例演習書の形式を選んだのはそのためである。島田聡一郎＝小林憲太郎『事例か

以上の次第であるから、本稿では文献の引用にあたっては、アクセスしやすい邦語文献を中心とし、やむをえず外国語文献を引用するときには、訳書が公開されていると否とにかかわらず、これを邦語に訳して参照させていただくことにしたい。

Ⅱ 刑罰の目的

1 応 報

刑罰の目的としては一般に、応報、消極的一般予防、積極的一般予防、特別予防の4つがあげられる。たしかにこれらは単純な対立関係にあるわけではなく、現実にはただ「そのような側面がある」と述べているにすぎないことも多い。しかし、まずはこれらの内容をきちんと理解できなければ始まらないから、以下ではその簡単な紹介を行い、さらにスパイス的に、近時の刑法学界における先端的な議論に言及してゆきたいと思う。

最初に紹介しなければならないのは、刑罰の目的として単純な応報を想定する、応報刑論とよばれる考え方である。より正確に言えば応報刑論は、刑罰には目的がなく、ただ犯した罪に対する反作用として刑罰が加えられる、と解する立場である。したがって応報刑論の対義語は、刑罰に目的を観念する目的刑論である。そして応報刑論のなかにも、刑罰を応報のみに純化する絶対的応報刑論と、刑罰は応報であるとともに犯罪予防という、一定の目的をも有すると解する相対的応報刑論が存在する。

このうち相対的応報刑論は、長らく通説の地位を占めてきたとされるが、現在ではその説得力を大幅に失っている。なぜならそれは「刑罰に目的はない」、「刑罰に目的はある」という論理的に排斥し合う2つの命題を、単純に並置したものだからである。この事実を「相対的」とか「折衷的」などといった言葉で覆い隠したところで、そこに内包される矛盾が実体として解消されるわけではない³⁾。したがって、検討に値しそうなのは絶対的応報刑論だけであるが、こちらもまた(刑法学界なりの)社会契約論が一般化することにより、今日では大幅に支持を失っている。すなわち、国家とは囚人のジレンマを解決するた

ら刑法を考える』(有斐閣・2009)を参照。

3) たとえば佐伯仁志「刑法の基礎理論」法学教室 283号(2004)43頁によれば「相対的応報刑論も、単に応報刑論と目的刑論を結びつけただけのものであれば、両者の問題点が加算され増幅されるだけである」という。

めの諸ルールにすぎず、無目的な応報を加えることはそこに含まれないというわけである。

ところで応報刑論は、その前提として意思自由を観念してきた。しかしそれは「法遵守的な心構えさえもっていれば、罪を犯さなかった」というレベルの具体性さえ備えておらず、ただ応報により一般意思を確証するに値する人格を意思自由とよぶという、ヘーゲル流の用語法にすぎないことに注意すべきである。

2 消極的一般予防

刑罰の目的を消極的一般予防に求める考え方を消極的一般予防論とよぶ。これは刑罰威嚇により、それを避けようとする合理的な主体に対し、犯罪抑止効果をあげるという意味で、威嚇予防論とも表現されることがある⁴⁾。ときおりこの消極的一般予防論は、「広く『一般』人を犯罪から遠ざけようとするから、『一般』予防といわれるのだ」と説明されることがあるが、それは厳密には誤りである。そうではなくて、消極的一般予防論はその想定する抑止プロセスが、「人は『一般に』合理的である」ことを前提にしているから、「一般」予防といわれるのである⁵⁾。

新派、すなわち刑罰の目的を後述する特別予防に求める、代表的な論者であるフランツ・フォン・リストが、いわゆるマールブルク綱領⁶⁾において機会犯人に用意した威嚇刑もまた、たしかにその対象は特定の犯罪者ではあるものの、あくまで当該犯罪者の合理性を前提するという意味では、消極的一般予防論の一であることに注意すべきであろう⁷⁾。後述するように、当時は行為者個

4) ヘーゲルが「犬に向かって棒を振り上げるようなものだ」と批判した、近代刑法学の父、アンゼラム・フォイエルバッハの主張する、心理強制説などはその典型例である。

5) 興味をもたれたら、小林憲太郎『刑法的帰責』（弘文堂・2007）をご参照いただきたい。

6) リスト『刑法における目的思考』（1882）。

7) このことは同時に、新派といえども刑罰に特別予防以外の側面があることを、必ずしも排除しないことを示している。なおリストの考え方については、近時、小坂亮が詳細に検討しているので、興味のある方は文献を検索のうえ、一読されることをお勧めする。たとえば同「リスト理論の現代的意義（1）・（2・完）」早稲田法学82巻1号（2006）97頁以下、2号（2007）113頁以下などは、方法論的にやや古いものの非常に参考になる。

なお、ここから先は具体的な刑法解釈論に入ってしまうので詳しくは説明できないが、刑罰のこのような威嚇＝制裁＝消極的一般予防的性格を担保するものが過失犯の成立要件であり、

人を対象とする予防を特別予防とよぶ用語法も存在したため、リスト自身の記述にも威嚇刑を特別予防論の一ととらえるふしがみられるが、そもそも処分の必要性がないからこそ機会犯人と表記されるのだという事実を想起すべきである。

さて、この消極的一般予防論が想定する合理的主体とは、決定論に立ちながら功利的な計算を行うものであるから、法の経済分析が想定する主体と軌を一にしている。誤解を恐れず大風呂敷を広げれば、英米系の発想、法のカント主義的発想が基礎に置かれているのである。ただ決定論といっても、法が法であるために要求すべき、「人は法を守ろうとするインセンティブをもたなければならない」という命題だけは規範的に妥当させながら、そういったインセンティブの有無により行動が決定されるというにすぎないから、それはやわらかな決定論である。いいかえれば、そういったインセンティブとして現行の法が十分か否かを議論するに際して、単純な功利計算にどの程度のウェイトを置くかには——それが良いか悪いかは別としても——かなりの濃淡がある。

さらにこうした消極的一般予防論は、「制裁」という言葉で表現されることもある。この制裁とは、特別予防を表す「処分」と対をなす言葉でもある⁸⁾。

実はわが国の通説も実質的にはそのような前提に立っているのではないかと考えられる。そうすると、故意犯に科される刑罰もまた制裁としての性格をもつとされる以上、故意犯の成立要件は過失犯のそれを完全に包含していなければならない、いいかえれば「故意犯＝過失犯＋故意」だということになる。ドイツの通説である客観的帰属論とよばれる立場は、すでにそのように解しており、またリストが刑事政策の越えられない柵として掲げた刑法の実体も、突き詰めれば刑罰の制裁的性格に求めることができる。処分までもがみたまなければならない法治国家や比例原則の要請を超えて、刑法が犯罪者のマグナ・カルタであると（逆説的にはあれ）わざわざ強調されるのは、それが罪刑法定主義の自由主義的基礎を与える制裁的性格をもっているからである。

客観的帰属論の主唱者であるクラウス・ロクシンが、後に（主として特別予防を目指す）刑事政策と刑法の分裂を批判したものの、その主張する機能主義的・目的合理主義的犯罪論までもが後述する意思自由の仮設によって、実質的には刑法の制裁的性格を維持している点も含めて今井猛嘉ほか『刑法総論』（有斐閣・2009）69頁以下〔小林憲太郎〕を参照。

- 8) 英米系では「抑止」対「無力化」（ないし「再社会化」）という語用が一般的である。スティーブン・シャベル〔著〕田中亘＝飯田高〔訳〕『法と経済学』（日本経済新聞出版社・2010）553頁以下などを参照。ゆえに制裁は両者を包摂しうるし、特別抑止も特別予防の意ではない。また少年に対するいわゆる保護処分については、それが制裁の一種であるとの有力な見解も主張されている。この点については制裁の一般理論も含め、あらゆる法分野の研究者にとって重要な意義をもつと思われる、わが国の刑法学史においておそらくはじめての作品、佐伯仁志『制裁論』（有斐閣・2009）をぜひ参照されたい。

制裁という言葉自体はほとんどあらゆる学問分野で使用されるものであるから、ここではあくまで刑法学にいうそれが問題になっているのだという点に十分に留意されたい。その想定する抑止プロセスは、大まかにいうと次のとおりである。

① 一定の不法を犯すことに対して一定の苦痛を予告しておく。

この事前の予告がなければ、制裁は行動制御の効果をもちえない。逆にいえば、罪刑法定主義の自由主義的基礎といわれるものは、刑罰の制裁としての側面から導かれる。そうすると処分ないし刑罰（犯罪）の処分的側面に関しては、罪刑法定主義の自由主義的基礎、たとえば遡及（処罰）の禁止は原理的には妥当しないことになる。

むろん（ドイツ刑法典2条6項と異なり）オーストリア刑法典1条1項のように、処分にも罪刑法定主義を推し及ぼす国はあるし、また刑罰の処分的側面に至っては、推し及ぼさない国などまずみられないといってよい。しかし、それはむしろ罪刑法定主義の民主主義的基礎に根拠を求める、すなわち（制裁を定めるものに限らず）法という観念自体に事前告知の要請が内在していると解するか、かりにそうでなくても、刑罰がしばしば人権弾圧の手段として用いられてきたことにかんがみて、制裁的側面が処分的側面と偽られて遡及処罰の禁止が潜脱されることのないよう、憲法が刑罰を狙い撃ちしたと解しているにすぎないのである。

そして、たとえそういった解釈が支持されないとしても、なお立法政策により、実質的に同じ効果を達成する余地は排除されない。故意が処分の必要性を徴表する要件であったとしてもなお、制裁によりやめさせようとしたところを行為者が求めた限りにおいてのみ、故意犯の刑罰を科すこととしている刑法の立場はその一例である。

② にもかかわらず一定の不法が犯されたときは、もはやその不法が苦痛によっても除去しえないとしても、なお苦痛の事前予告が行動制御の効果を失わないようにするために、あえて苦痛を与える。

時間非整合の問題を解決するコミットメントとパラレルに考えてよい。

もう少し具体的に説明しよう。そもそも行為者に刑罰を科したところで、たとえば死んだ被害者は生き返らない。だとすれば刑罰を科すことは、そのエンフォ

ースメント・コストや行為者の負担にかんがみ、社会的損失でしかありえないのだが、だからといって刑罰を科すのをやめると、人を死に致すことを禁止し、それを避けさせるべく人々にはたらきかけようとする、そもそも刑罰の果たそうとした制裁としての機能が害されてしまう。そこで、こういった問題——これを時間非整合性の問題とよぶ——を解決するため、やむをえず当初の「約束」どおりに刑罰を科すのである。この制裁の構造を「約束」の部分に着目してコミットメントとよぶ⁹⁾。

つまり消極的一般予防に基づく処罰も、実際に不法が実現されたことを前提にしなければならず、だからこそ刑罰は展望的であるのみならず、回顧的な性質をもつといわれるのである。そしてこのことをふまえたうえで、あえてこれを応報と表現したり、あるいは国家行為 = 権利侵害の正当化を一般に規律する比例原則を、罪刑均衡と呼び直したりするにとどまるのであれば、それは単なる言葉の問題にすぎないともいえよう。

③ むろん②の前提として、法を守ろうとするインセンティブをもちさえすれば、不法を犯さなかったといえることが必要である。

9) 以上の点につき、より詳しくは今井ほか・前掲『刑法総論』70頁以下〔小林憲太郎〕を参照。また、この「約束」の射程を「人格の同一性」というワーディングのもとで、詳細に検討したものとして上原大祐「解離性同一性障害患者の刑事責任をめぐる考察」広島法学 27 巻 4 号 (2004) 185 頁以下、同「判批」広島法学 30 巻 2 号 (2006) 113 頁以下、同「刑事責任と人格の同一性 (1)・(2・完)」広島法学 32 巻 4 号 (2009) 97 頁以下、33 巻 1 号 (同年) 15 頁以下などが興味深い。この文脈において、わざわざ人格の同一性が否定されるなどといわなければならないのは、刑罰を科すのをやめてもその制裁としての機能が害されない場合のうち、犯罪成立要件 (の欠如) を規律するプリンシプルを超えたもののひとつ——とくに人格の同一性という語用になじむもの——であるとしかしいようがないが、上記論文 (群) では (処分としての機能にまでわたって) その具体化の一例が示されている。もっとも見落とされやすいものの、ここでは次の 3 点に注意が必要である。第 1 に、グローバル・アプローチや個別人格アプローチなどによられるものは、つまるところ犯罪成立要件 (の欠如) を規律するプリンシプルによって事に当ろうとするものであるから、厳密に言えば人格の同一性という主題化とは次元を異にしている。第 2 に、人格の同一性という語用になじまないものとしては、たとえば不法が犯されたのちに法益性が失われた、具体的には高層建築禁止区域にビルを建てたのちに、景観などどうでもよいと考えられるようになった場合があげられる。免訴というのは手続法上の話であって、実体法上は制裁を科す根拠が失われている。第 3 に、上原の具体化方法は心理的同一性と身体的同一性を単純に二分し、その組み合わせにより分析を進めるものであるばかりか、そもそもその前提とする刑罰目的論に基本的な誤解がある点で、支持しにくいと思われる。

この要請を講学上、責任主義（ないし非難可能性）とよんでおり、その内容を構成するファクターを規範的責任要素という¹⁰⁾。その具体的な内容は、予見可能性、弁識能力、制御能力の3つであり（厳密にいうと行為能力も含まれる）、それぞれ、予見可能性は法の期待する慎重さを備えれば不法を認識しえたこと、弁識能力は不法に禁止が及んでいると認識しえたこと、制御能力は禁止を避けようと自己の行動をコントロールしえたことである。たとえば携帯電話のボタンに誰かが時限爆弾のスイッチを仕込んでおいたとすれば、それを押してしまうことはたとえ不法を実現するとしても予見可能性を欠く。いわゆる行政犯については、わが国の実情を知らない外国人がどれほど注意しても、その禁止されていることを知りえないという事態も考えられ、その場合には弁識能力（この局面では違法性の意識の可能性といわれる）が欠ける。さらに、たとえ予見可能な不法について、その禁止されていることを認識しえたとしても、なお精神疾患により、それを避けようとする動機を形成しえない場合には、制御能力を欠くことになる。

かつて規範的責任要素は、法が適法行為を期待しえたこと、すなわち期待可能性の別称として用いられたこともあった。しかし期待可能性は、たとえば「疲れていたら不法を認識しにくい」、「法情報が少なければ禁止を認識しにくい」、「不法を実現する行為をやめるのに、重大な苦痛を伴うときは、それをやめにくい」というように、さまざまな責任要素の存否や大きさを規制する機能的な概念にすぎないから、それ自体が独立に責任要素としての地位を占めることはない、というのが現在の通説的な立場である。

10) 一定の不法を避けさせるため、そのような不法を犯せば制裁を科す旨を、事前に予告しておくのが罪刑法定主義の自由主義的基礎であり、そのことと制裁を科す前提として、不法を避けえたことを要求する責任主義とは別物である。したがって——誤解するものが多いが——罪刑法定主義の自由主義的基礎は、規範的責任要素を規制しない。せいぜいいえるのは、両者が制裁の構造を基礎に置くこと、そしてそれゆえ責任主義を論じる前提として、そもそもそれを避けえたかが問題となる不法が画定されていなければならない、いいかえれば罪刑法定主義の自由主義的基礎が、みたされていなければならないことだけである。たとえば明確性の原則というのも、刑法の避けさせようとする事態がきちんと定まっていないと、刑法がそれを避けさせえたか否かの限界も定められない（結果として、たとえば過度の抑止が生じてしまう）という、コンテキスト（目的論的解釈）を含めた語用の問題であるから、責任主義と同様の標準に基づいて、この原則を妥当させなければならないわけではない。ここでも杉本一敏「誰にとつての『明確性』か？」ホセ・ヨンバルトほか〔編〕『法の理論（第28巻）』（成文堂・2009）139頁以下の問題意識は秀逸であるが、落とし所が刑法学界の共通理解からズレていると思われる。

また、しばしば責任能力は弁識能力と制御能力から構成されているといわれるが、この2つのいずれかが欠ければ責任無能力であるとはいえても、いずれもあれば責任能力があるとは必ずしもいえない。上述したように処分、たとえば治療の処分のみを科することが、より合理的だと立法者が判断したと解されるケースでは、「責任能力があれば処罰する」という原則を維持したまま、かかる目的を実現するために、むしろ責任無能力を認定することが、法の要請するところであるとも考えられるからである。要するに制裁を科する実質的な基礎が備わっていたとしても、なお責任能力を否定する余地が認められてよいというわけである。これに対して限定責任能力は責任無能力とは異なって、かかる基礎が（減少しているとはいえ）最低限、備わっていることを（場合によっては象徴的に）示す機能を担わされている¹¹⁾。

つまり（さしあたり限定責任能力の場合を措けば）責任（無）能力中、（わが国の刑法には明文がないけれども、弁識・制御能力〔の欠如〕から構成される心理学的要素に対し、）生物学的要素とされる精神の障害は、弁識・制御能力が欠ければ常に認められるものであり、精神医学において伝統的にいわれてきたそれは、せいぜい弁識・制御能力の欠如を事実上、徴表するにすぎないとともに¹²⁾、治療のみを施す方がベターだと立法者が判断したと解される場合には、かかる能力の有無にかかわらず強制的に責任無能力を導く、つまり刑罰を排除する力をもつのである。この問題に関する最高権威の一人である安田拓人は¹³⁾、前半部分を詳細

11) 以上については医療観察法およびその理論的基礎にかかわる町野朔の諸作品、さらに水留正流「責任能力における『精神の障害』(1)・(2・完)」上智法学論集 50 巻 3 号 (2007) 137 頁以下、4 号 (同年) 195 頁以下などを参照されたい。彼らの主張にコミットすると否にかかわらず、前記、立法者の判断が看取しえない——たとえば精神病院収容（ドイツ刑法典 63 条）に保安的側面を認め、かつ刑罰と処分が異なる側面に着目するものであることから、一方を支える考慮が他方を左右しないことを導く——ドイツに比し、わが国では事情が異なることが理解しうらと思われる。

12) かりにそれが言い過ぎであり、弁識・制御能力がなくても精神の障害がないケースを観念しうるとしても、いずれにせよ——つまり責任無能力以外の理由であれ——規範的責任要素が欠ける。

13) たとえば私の知る限り、堅実であろうとする努力が最も成功した作品である、安田『刑事責任能力の本質とその判断』（弘文堂・2006）を通読されたい。とくにそのことがよく表れた部分の要約としては、同『『精神の障害』と法律的病氣概念』中谷陽二〔編〕『責任能力の現在』（金剛出版・2009）25 頁以下をあげておく。もっとも主体や人格（の欠如）を最初に切り分けるのは、かりにノーマライゼーションが行き過ぎであるとしても、ある種の「二級市民」を生み出す象徴的な作業であるだけに、なお逆の方向に——しかも不必要にも——行き過ぎであろう。先行責任

に論証した点でまさに秀逸であるが、後半部分への批判がドイツ流の（刑罰と処
分に関する）二元主義を念頭においたものだとすれば、わが国との法制度の違い
を過小評価しているのではないと思われる。

勘の良い方ならば、こういった説明がケルゼンのいう制裁のそれと、ほぼ同
一であることに気づかれたであろう。このような古い発想を、しかし、刑法学
は基礎に置いている。法哲学に造詣が深い刑法学者、たとえば井田良や佐伯仁
志はしばしば H. L. A. ハートを援用するのであるが¹⁴⁾、わざわざケルゼンと共
通する部分を選んでくるところがいかにも刑法学者らしい。すなわち意思自由
の仮設とは所詮やわらかな決定論にすぎないし、応報というのもまた制裁の想
定する抑止のプロセスからして、一定の不法が現実犯されたことに対して科
される旨をいいあらわしたものにすぎない。したがって、あとに残されるのは
「その実質的な内容は異なるにもかかわらず、なぜわざわざ自由や応報などと
いった、応報刑論によりすでに負荷のかけられた言葉を使いたくなるのか」と
いう問題にほかならない。

その答えは単純に言えば、消極的一般予防論サイドからは「自由（な人格）
という言葉がわれわれの共同体において、良い意味に使われているからだ」と
いうことになろうし¹⁵⁾、逆に応報刑論サイドからはロバート・フランクのい
うように¹⁶⁾、「そもそも応報感情が制裁、すなわちコミットメントを成立させ

（制御主体）と先行事情を考慮した責任（制御可能性）に、有意な構造の差があるとは私には思わ
れない（し、しかもそのいずれにも反対であるが、その論証はここでは割愛する）。

- 14) 井田『変革の時代における理論刑法学』（慶應義塾大学出版会・2007）197 頁以下および佐伯・
前掲「刑法の基礎理論」45・46 頁を参照。とはいえ、それ自体がドイツの著名な刑法学者、ロク
シンの援用である。ロクシン〔著〕宮沢浩一〔監訳〕『刑法における責任と予防』（成文堂・1984）
などを参照。援用過程において生じた違いをあえてあげるとすれば、ロクシンが単に「規範への
感応可能性（＝規範的責任要素）があるときは、意思自由を仮設すべきである」と述べるにとど
まるのに対し、井田はそうに仮設されただけであるはずの意思自由の観念から、たとえば
「行為者が犯罪者一家に育てられたとすれば、たとえ規範的責任要素が同じだけそろっていたとし
ても、なお裕福な家に育った場合より責任が軽い」ことまで導こうとする。しかし、それではハ
ートやロクシンの理解として十分なものとはいえないし、またそもそも、その論証連鎖が途中で
切断されていると思われる。ちなみにハートの名著、『刑罰と責任』の第2版に付せられた、ジョ
ン・ガードナーのイントロダクションにおいては、ハートの刑罰論について、私とほぼ同様の分
析がなされている。

15) 現にやわらかな決定論の語を最初に使用したプラグマティスト、ウィリアム・ジェームズによれば、それはどぎつい言葉を忌み嫌い、自由という名称を好む感情に根差す、「単なる言葉のつかみあい合戦」にすぎないという。福鎌達夫〔訳〕『ウィリアム・ジェームズ著作集(2)信ずる意志』(日本教文社・1961) 189頁以下。それゆえ意思自由の仮設といっても、それはケルゼンが根本規範をそうしたように、論理的に前提(voraussetzen)せざるをえないという意味でも、ましてやロクシンがミスリーディングにも——とはいえ彼の全体としての刑法思想からすれば自然なのであるが——そうしたように、事実には抗して規範的に設定(setzen)するという意味でもない。つまり、自由という概念の指示する実在があらかじめ与えられており、そういった実在が人間の意思に認められることにするというのではなくて、むしろ「そういうとき人間の意思は自由だ」という語用に則った方がよさそうだ」というのである。もっともジェームズの想定した「やわらかさ」が、今日ではリベラリズムに対置されたコミュニタリアニズムに位置づけられる、ヘーゲル的な意思自由を想定するものであったことに思いを致すならば、決定論がリベラルであるために自由の語用を好むというのは——より深い考察を要求するという意味で——奇妙というよりもむしろ皮肉である。今井ほか・前掲『刑法総論』69頁以下〔小林憲太郎〕を参照。

16) フランク〔著〕大坪庸介〔訳〕『オデッセウスの鎖』(サイエンス社・1995)を参照。このように理性ないし合理性というパラダイムを用いながらも、感情という側面に光を当てる作業は——アダム・スミスの『道徳感情論』(1759)にもみられるように——今に始まったことではないが、最近になり理性や合理性の承認をとおして連帯性を形成してきた、いうところのインテリ層においてことさらに流行しているのもまた事実である。それは伝統的な行動経済学におけるように、合理性のモデルを修正・補完・跡づけるために用いられることもあれば(いわゆる限定合理性)、はたまた認知的プロセスをも等しく規律する脳神経科学から、理性の観念を破壊するためにそうされることもある。わが国の代表的な刑法学者の手になるエッセーとして、佐伯仁志「社会通念と脳の働き」法学教室 340号(2008)巻頭言を参照。

むしろインテリが理性のモデルを捨てるのは、それに代わる、みずからの支配的地位を維持しようするモデルをみつけたときであるから、後者の用い方はせいぜいインテリの美德としての自主規制にとどまり、さしあたっては世の主流となることはないであろう(そもそも自主規制せず、感情への嫌悪感——それ自体がニューロエシックスの対象となりうるのだが——をあらわにする、有力な功利主義者さえ存在する)。たとえばローレンス・R・タンクレディ〔著〕村松太郎〔訳〕『道徳脳とは何か』(創造出版・2008) 181頁以下、とくに 224・225頁〔訳者あとがき〕は、多くの人が「歩道橋ジレンマ」と異なり「トロリージレンマ」においては、1人を犠牲に5人を救うと答えるという。<http://www.wjh.harvard.edu/~jgreene/>を参照。

しかし、そこで最もしばしばみられる(ドイツの理論刑法学から強い影響を受けた)インテリの反応は、「トロリージレンマにおいても犠牲者が、まさに眼前にいて命乞いをする場合には、『スイッチを押さない』と答えるだろう」というものである。つまり脳神経科学の「お作法」を理性のそれに引き直し、(感情に対して)理性らしい認知機能にプライオリティーを与えるのは自主規制しながら(とはいえ、そこでさえ感情を語るのに用いられるのは、認知的プロセスの領分である〔功利主義を代表とする〕帰結主義に対置された、ロールズの個人や義務論などあくまで理性のパラダイムであるのだが)、その実、自身の理性とするところがまさに要請するように、感情

ているからだ」ということになろう。現に応報感情が生じるのは基本的に、制裁の要件がみたされる場合に限られている。

刑罰論を専門とする刑法学者のなかにはロクシンが、意思自由の仮設をもっぱら市民にとって有利なフィクションだと述べている点をとらえ、それは刑罰を可能化するからむしろ不利にはたらくと批判するものもある。しかしここまで述べてきたところからも分かるように、ロクシンの趣旨は「処分よりも制裁の方がリベラルな法形式だ」という点にあるから、この批判はかなり本質的な点で的を失していると思われる。また学説には懲罰的損害賠償を、個人が社会契約以前に有する復讐（＝私的処罰）権の、国家による法制度化ととらえるものもある。しかし、そういった権利がホブズのコナトゥスから認められるのであれば、たとえば不可避な事故や責任無能力者による侵害に対しては無意味ゆえに発動されえず、ただそれとは別に危険の除去を図ろうとする——今日風にいえば処分の——インセンティブが生じるだけである。そして前記法制度化は、いわゆるホブズ状態を解消する過程で、国家がコナトゥスを利用する、つまりひとつの法政策に帰するのである。ここでその適否について詳論することはできないが（たとえば懲罰的損害賠償を支持する代表的な方法論である法の経済分析は、国家だけがイニシアティブをとるよりも最適な抑止にかなうとする）、少なくともそれを禁止すべき規範的な論拠は、国家の正当化根拠からは出てこないと思われる。

とはいえ、たとえばリストの支持者が犯罪者を自由でないと想定することが、刑罰の観念を苦痛から解放しうる点でむしろリベラルであると考えていたところからも推測されるように、前述のような答えが不十分であることは明らかである。学説には、侵害原理を妥当させなければならないところから、制裁としての性格を導き出すものもある。しかし処分もふつう、それを科さなければ他者を害するから正当化されると解されているのであって、このような論証は法学の一般的な「お作法」に照らしても誤っている。論者はそれを科することが、現実には他者を害したことを論理的に前提する点に、侵害原理の本質を見出しているのかもしれない。しかし、それは上記「お作法」に照らして要求しすぎであるとともに、制裁が現実の他害を論理的に前提するのは、コミットメントという戦略の構造からくる技術的なものにすぎない。

ここでは詳細を省略するが、私自身は現行の刑罰が制裁としての側面を基礎

を味方につけて事を決させるのである。

としながらも、処分としての側面により加重されることを排除せず、また同時に一方の側面が事実上、他方の側面をも併有しうるものと考えている¹⁷⁾。ハート自身も、その主眼は制裁の言い表し方であるから、やや一面的、一方的な分析ではあるものの、処分が事実上、制裁としての性格をももちうると述べる。そして、このことは他の法領域においても、その局面によっては、議論の前提を一定程度、構成しているように思われる。たとえば、いわゆるシュトルペ事件 (BVerfGE114,339) においてドイツ連邦憲法裁判所が、過去に向けた刑法・私法上の制裁と将来に向けた差止め請求とを区別し、後者には萎縮効果が認められないことから言明解釈に際し、言明者に特段有利な手法を採用しなかったことに対して、学界から強い批判がなされている¹⁸⁾ ことも、これと通底

17) 島田聡一郎「最近のドイツにおける Verfall を巡る議論」理論刑法学の探究② (2009) 207 頁も次のように述べる。「むしろ多くの法制度がそうであるように、目的が混在することは素直に認め、それぞれの目的がどの範囲で実現されるべきか、またどのようにしたら実効的に実現できるかを考え、その上で、その制度によって対象者の権利へどのような制約が課されるかをふまえ、それに応じて、対象者に対してどの程度の実体法的・手続法的保障が必要かを個別に検討するという手法も、それほど簡単に捨て去るべきではないように思われる……比喩的に言えば、すべての色を三原色に還元するという手法だけでなく、紫は紫と正面から認めた上で、それがどの程度赤に近いか (どの程度青に近い) を検討し、その程度に応じた制度設計を考えるということである……その際には、法的性格論からの演繹が困難となるから、おそらくいくつかの方法論を併用せざるを得ないだろう」と。具体的にはドイツにおける不法収益等剥奪のうち、第三者に対するものや総額主義が組上に載せられている。

もっとも「併用」の意味によっては、すなわち、ある法制度が複数の法的性格を併有しているとか、たとえそうでなくても事実上、他の法的性格がもつ機能を果たす、ひいては当該制度を独自に構成する法的性格を明らかにするといった、法的性格論の伝統に回収可能な主張をなすのではないならば、相当に斬新なまとめ方だと思われる。あるいは 207・208 頁注 61 などを見ると、方法論というのはそもそも法的性格論の話ではなくて、たとえば法の経済分析を指しているかのようである。しかし本稿でも述べてきたように、今日のわが国の刑法学は、すでに経済分析に則っており、法的性格論として例外ではない。

18) 毛利透『表現の自由』(岩波書店・2008) 294 頁以下などを参照。ただし論者のいう萎縮効果は制裁そのものや、明確性の原則違反一般が有する (過度の) 行動制御効果とは異なり、それがなくても個人的には善き生を送れるため、行使に対するディスインセンティブが大きくなりやすい、表現の自由に特有のそれであることに注意を要する。この前提に基づく論者の主張を慣例にしない、逆手に取った形態での反論として長谷部恭男「学説の誤解」法学教室 345 号 (2009) 75 頁以下、これに対する再反論として毛利「公私区分の意味」法律時報 1011 号 (2009) 98 頁以下がある。

するものといえよう。

むろん（消極的）一般予防や特別予防といった、ハートのいう功利主義的予防のほかにも、国家が再分配の機能を果たすことはある。民法上の損害賠償請求にしても、その根拠ないし性格を従来いわれてきたような損害の填補、損害の公平な分担などではなくて、あくまで法の経済分析からする最適な抑止の実現に求めるものはあるけれども、やはり一定の再分配にかかわる——つまり抑止の観点からは説明しにくい——損害賠償請求が民法上、認められていることを完全に排除するものまではいない。ただ刑法学においては刑罰に、こういった再分配の側面を認めるものはいない、より正確に言えば再分配の側面をもつ国家行為は、すでにそのことから刑罰ではないと解されてきたというにすぎない（むろん繰り返しになるが、刑罰が事実上、再分配の機能を果たしうるのは別論である）。課徴金が不法収益のはく奪にとどまるのか、および、課徴金と罰金との関係をめぐる議論（・立法過程）などは、その典型例ということができよう。もっとも刑罰が再分配としての側面を排除する、実質的な根拠については議論が十分になされてきたとはいえず、それはちょうどさまざまな制裁（・処分）のうち、いかなるものが刑事制裁（・処分）とされるのかについて、せいぜいその重大性や手続き的配慮をめぐってしか、議論がなされてこなかったのとまったく同様である。

以上のことを具体例をとおしてみよう。たとえば大学の教員が伝染病の流行している国に渡航した場合、帰国後、潜伏期間は大学への出講を禁じる措置がとられたとしよう。これは学生への感染という危険を防止するための——学則上のものにすぎないとはいえ——ある種の処分であるから、渡航に正当な理由があるとか、あるいは当該教員が伝染病の流行や、かかる学則の存在を特別な事情により知りえなかったとしても、なおこの措置を当該教員に適用することは可能である。しかしそれでもなお、そういった学則が事実上、制裁としての機能を果たす、具体的には教員が「出講を一定期間、禁止されてしまうと、いろいろ不都合が生じるから、今回の渡航は見合わせよう」と判断することは、十分にありうるのである。伝染病が渡航後にはじめて発生したなど、感染のリスクが渡航に客観的に帰責不可能であっても、あるいは、そもそも出講を禁止する学則が渡航後に設けられてさえよいのだが、それはここでは措いておく。

なお、そのような学則に事実上とはいえ制裁的な機能まで認めると、正当な理由に基づく渡航まで萎縮させられてしまう、という批判もなされうる（現に

大学内の議論において、このような批判が出されたこともある)。しかし第1に、かりに出講禁止による教学上の不利益が伝染のリスクよりも大きければ、そもそも出講禁止の措置は比例原則の観点からとられえない(ただ原因において違法な行為の理論により、リスクの作出がさかのぼって帰責されることになるから、教学上の不利益との衝突状況を引き起こすにつき、改めて正当な理由の存否が問われるのであり、その限りで後述する萎縮効果の問題は生じうる)。第2にリスク回避のため出講禁止措置をとらざるをえない事態が現実化したとしても、まこと仕方がないといえるほどやむにやまれぬ利益が渡航に認められないのであれば、その渡航が正当な理由に基づくというのははじめから不当前提である。第3に、かりに第2の場合に利益が認められるのであれば、たしかに萎縮効果の問題は生じうるが、たとえそうであったとしても、教員に渡航を義務づける程度・方法については一定の範囲内——その具体的な中身は大学というものの在り方によって決せられる——で、なお大学に合理的な裁量の余地が認められるべきであろう。

むろんこういったことを承認したとしてもなお、たとえば一般予防の追求が特別予防のそれを阻害したり、あるいはその逆が生じたりする可能性は排除できない。その場合には利益衡量によって、処罰が最大の効率性を実現するように、刑量を定めなければならない。ただ刑罰に対して制裁としての性格を強制的に付与することに、立法政策としての合理性が認められるのであれば——というより、すでに現行法がそうなっているのだが——コミットメントの構造を崩してなお実現すべき、優越利益の存在する究極的な状況でない限り、一般予防の最低限度の要請は容れられなければならない。ロクシンの予防的統合説(präventive Vereinigungstheorie)(積極的一般予防の一種である統合予防[Integrationsprävention]とは異なるので注意)の主眼は、まさに上述したところであり¹⁹⁾、かつ、その点において支持に値する。

逆に意思自由の仮設に基づく責任主義の要請は一般予防に内在しており(これは井田良～小池信太郎ライン²⁰⁾のいうとおりである)、また罪刑均衡は国家行為

19) クラウス・ロクシン「刑法における責任、予防および答責性に関する最近の議論について」『バオル・ボッケルマン古稀祝賀論文集』(1979) 279 頁以下などを参照。

20) いずれも慶應義塾の刑法学者であり、世代こそ違え、デビュー論文はいずれも量刑論である。井田「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(1)～(5・完)」法学研究 55 卷 10 号 (1982) 1253 頁以下、11 号 (同年) 1338 頁以下、12 号 (同年) 1529 頁以下、56 卷 1 号 (1983)

= 権利侵害の違憲性を阻却する比例原則という一般的な正当化原理の一適用にすぎないから（責任がもたらす刑罰の上限を画するといわれるとき、それは実質的には処分をも規律する比例原則を意図しているのだから、こちらに制裁のみを規律すべき責任主義の語をあてるべきではない）、その余の点においては支持しえない。わが国では現実の量刑実務を参考にしつつ、刑罰の目的と関わらない事情が量刑に影響することを認める向きがないではないが、それは理論的に誤っているのみならず、実務の認識としても実態に合っていない。実務で考慮されているのは刑罰の目指すところに関係する、ただ刑罰ないしその効果を生む犯罪そのものには直接関係しない、諸般の事情にすぎないのである。しばしば量刑事情に出てくる社会的「制裁」などというのはその典型である。

ともかく重要なのは、意思自由や応報という言葉の意味に敏感になることである。法哲学者の方々はきわめて敏感であるが、残念ながら刑法学者はそうではない。たとえば相対的応報刑論の始祖として、ときおりモーリッツ・リープマン（オットー・リープマンではない）の名があげられる。彼は有罪判決を社会的な否認の表現にとらえ、応報刑論と目的刑論の対立を解消しようとしたのである²¹⁾。しかし、その実体はやわらかな決定論に立つ、制裁の論理にはかならない。これなどは法哲学者の方々が読まれれば、まず誤読はされないだろう

62 頁以下、2 号（同年）182 頁以下、小池「量刑における消極的責任主義の再構成」慶應法学 1 号（2004）213 頁以下、同「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮（1）～（3・完）」慶應法学 6 号（2006）1 頁以下、9 号（2008）1 頁以下、10 号（同年）21 頁以下、同「量刑における構成要件外結果の客観的範囲について」慶應法学 7 号（2007）19 頁以下。もっとも小池のそれは、井田がその後、作り上げた壮大な刑法体系を、かなり本質的なところでふまえた内容となっている。

- 21) リープマン『刑法入門』（1900）188 頁以下。強引な近似的解釈は避けなければならないが、それでもなおリープマンとハートの論証は、恐ろしく似通っている。相対的応報刑論は、刑罰が応報刑と目的刑双方の性質を併有していると説くのであるが、たとえばハートや佐伯仁志（ひいてはリープマン）は、刑罰がもたらす目的刑であるとしながら、その目的実現プロセスに、われわれが「応報」という言葉で表したくなるもの——たとえば行為者が実際に不法を犯したことや、それを努力すれば避けえたこと——が内在していると主張するのである。それは、しかし、制裁＝コミットメントの抑止プロセスを、ただ意思自由や応報のパラダイムに沿って、敷衍したものにしてすぎない。現にリープマンは、応報刑論のいう応報に復讐（Rache）の語をあて、自身のいう応報には、あくまでも上述のような含意がある旨を強調している。したがって彼の主張の実質的な難点はむしろ、刑罰から特別予防的考慮を完全に排除しようとするところであろう。たしかに彼はリヒャルト・シュミット流の、一般予防と特別予防の区別さえも排するが、後者は単に消極的一般予防が、行為者自身を抑止する側面をももつという——先述した誤解のない限り——とくに意味のない言説にすぎない。

と感ずる例である。

3 積極的一般予防

積極的一般予防とは「刑法は守られる」という予期が、事実としては破れたときであっても、それに対して刑罰という反作用を加えることで、かかる予期が規範的には依然として妥当し続けていることを、確証するところに刑罰の目的を求める考え方である。しかしそれは、論者が「応報の目的」と表現する²²⁾ところからも分かるように、応報刑論の一種と理解することもできる。

この積極的一般予防論は、基本的にはヘーゲル主義をその基礎に置くものの、そこで括られる発想には、かなりのヴァリエーションがある。たとえば現代において最も有力な論者であるギュンター・ヤコプスは、当初、初期ルーマンの社会システム理論を参照しながら、刑罰の機能を「理性的な人は罪を犯さない」という規範的予期を、抗事実に保障するところに求めていた²³⁾。むしろ予期の内容や理性の意味については、かなりの理論的負荷がかかっているものの、それを通常の消極的一般予防論と辻褃を合わせて説明することは、それほど困難な仕事ではない。実際、積極的一般予防論を非難するわが国の文献の矛先は、たしかに近年では予期の内容がリベラリズムを侵すところに向けられているものの²⁴⁾、初期においてはそれが社会学的説明であるところに向けられていたのであった²⁵⁾。しかしヤコプスは次第に社会システムの機能的な

22) ドイツのロクシンと並ぶ理論刑法学者、ギュンター・ヤコプスが好んで用いる表現である。

23) 刑法学におけるヤコプスの記念碑的な教科書、『刑法総論』（初版1983、第2版1993）を一貫して規定しているのは、そのような発想である。それによれば責任の概念も、「彼／彼女を処罰することで、予期を安定させられる資格」だということになる。同『責任と予防』（1976）を参照。ただそういった発想を突き詰めれば、行為自体が犯罪と同義になる契機を含んでいることは明らかであり、それが19世紀のヘーゲル主義刑法学への回帰だと（当時すでに）批判されていたことも、また否定しえない事実である。同『刑法における行為概念』（1992）、同『責任の原理』（1993）なども参照。

24) たとえば小林・前掲『刑法的帰責』を参照。

25) たとえば高山佳奈子『故意と違法性の意識』（有斐閣・1999）260頁以下を参照。刑法学界では方法二元論が幅広く採用されている。妥当とされる結論を導くために伝統的な刑法体系が、少しずつその姿を変えてきたことは事実であるが、それを全体として染め上げているのが二元論である。ただ刑法学者の最も頻繁に使用する言葉が、新カント主義と価値相対主義であるところからも分かるように、その方が都合が良いというプラグマティックな保守主義から、二元論を採用している刑法学者も多い。

把握から距離を置き始め、現在では単純な応報刑が共同体の統合をもたらすところに主張の重点を移している²⁶⁾。

こういったところからも分かるように、積極的一般予防論の当否はヘーゲル主義のとらえ方にも依存している。そして刑法学に足りないのは、このことをわきまえる態度であろう。実はわが国において積極的一般予防論に対する嫌悪感が強い原因も、ヘーゲル主義的刑法理論に対するそれに根ざしているともいえるのである。

むしろ近年では、たとえば環境という法益がどの程度の保護価値をもっているか（より具体的にいえば「大気や景観は刑法的にみて、どのくらいきれいであるべきではないか」）が、立法過程に先立ってア・プリオリに定まっているわけではないことに着目し、保護法益ではなく共同体のアイデンティティを構成している規範の妥当こそが、刑法の目的を構成しそれゆえ刑法の在り方を規制するのだという主張が、松宮孝明などの積極的一般予防論者から有力になされている。しかし、そのこと自体は公共財の供給にかかる公共的な決定が、（政治的リベラリズムに対する批判者の物言いまで端的に取り入れていえば）支配的な政治文化により規律された討議により民主的に行われるという、わが国の通説的な刑法学者もが認める一般的な事柄に帰着するにすぎない。

なお学説にはかかる公共財について、その要保護性に疑念を投げかけるものもある。しかし、ある利益が個人に属せしめられるかそうでないかと、当該利益が要保護性を有するかそうでないかは、実は別次元の事柄である。いわゆる超個人的法益について、それを個人的法益に還元しなければ、その要保護性を正当化しえないとの論調が、一部刑法学者の間でみられるが、それでは法学の「お作法」を身につけているとはいえない²⁷⁾。刑罰——それ自体が公共財なのだが——によって公共財を守ろうとする際に、そのアキレス腱となるのは公共

26) ヤコブスは近年、共同体の正当な構成員（味方）と、そこで統合されるべき人格でないもの（敵）を分け、自身の積極的一般予防論は前者にしか妥当せず、後者は殲滅の対象でしかないという、「敵味方刑法」の構想を主張しているが、わが国でヤコブスの影響を最も強く受けている松宮孝明は、これに反対している。松宮「『敵味方刑法』(Feindstrafrecht)という概念について」法の科学 38 号 (2007) 20 頁以下などを参照。

27) 環境が基本権法益というパラダイムではよくとらえられないことを示す座談会として桑原勇進ほか「環境保護と行政法」法学教室 323 号 (2007) 66 頁以下を参照。またドイツ刑法学界に身を置きながら、このことを明らかにした貴重な作品として、ローランド・ハーフェンデル『刑法における集合的法益』(2002) がある。

財の要保護性ではなくて、むしろ（たとえば景観を念頭におけば）一人くらい電柱にポスターを貼ったところで、それだけでは町全体の景観は害されないにもかかわらず、なお処罰しうることをどのように説明するかである。

一部の論者は抽象的危険犯という形態をもって、このハードルを乗り越えようとするが、真の問題は法益に対する危険性の程度にあるのではない。現に法益に対する危険性が絶無の場合には、抽象的危険犯さえ成立しないという有力説もまた、それだけでは町全体の景観を害するおそれが絶無の、「ポスターを一枚、貼る」行為を処罰可能と解するのである。裏からいえば抽象的危険犯によって乗り越えられるのは、ある場所に井戸を掘るとそれがきっかけとなって町全体が陥没し、全景観が損なわれる可能性が絶無とまではいえないときに、そういった井戸掘りを処罰するというハードルだけである。ここでは法益に対する危険性の程度ではなくて、むしろ法益の特性に応じた侵襲手段が問題になっているのである。

そして公共財の特性が、まさにフリーライドによる過少供給にあるとすれば、それを防ぐことが公共財の保護を意味する、いかえれば、それこそが公共財への侵襲を構成するのである。すなわち自身がポスターを一枚、貼ることのもたらす効用に比して、自身が町全体の景観を楽しめなくなる度合いは無視できるくらい小さいから、自身が合理的にふるまおうとすれば、景観を維持するコストを免れつつポスターを貼るという、いわば「ただ乗り」が正しいことになるが、全員が同じことをすれば町全体の景観が著しく損なわれ、自身が景観を楽しめなくなる度合いは結局、ポスターを貼らないコストを上回ってしまうであろう。そこで町全体の景観を効率的に維持するために、各人に対してその合理的なふるまいであるはずの、「ポスターを一枚、貼る」行為を集合的に禁止、処罰するのである。しかも、これは刑法学上の「お作法」にふれない特性であるから、たとえば環境刑法と銘打って、通常の刑法理論とは別の刑法理論を適用するというのは、かなり本質的なところでの失していると思われる²⁸⁾。

28) 小名木明宏「判批」刑事法ジャーナル10号(2008)165頁は次のように述べる。「いわゆる環境犯罪については、具体的な法益がイメージしにくい。……環境や衛生という具体性を欠く法益に固執するよりも、むしろ規範違反に重点を置き、解釈の指針とすべきではないだろうか。『危険の発生』とか『具体的な法益侵害』というものではなく、これは純粋な『行為規範』に対する侵害であって、小は、分別を無視したゴミ出しから、大は、産業廃棄物の不法投棄まで、自己中心的な行動を規制するものであると思われる。……人類の共通の財産である、かけがえのないきれ

以上にみてきたように、ヘーゲル主義的刑法理論は、やや肩身の狭い状況に置かれている。もっともごく最近ではヘーゲルの帰責（行為）理論を基礎に置きながら、現行法の帰結に合わせてこれを修正するために、（初期型の。それ以降は新カント主義ないし法実証主義に基づくホーニツヒないしロクシンのそれが一般的である）客観的帰属という発想を取り入れてゆくラーレンツ²⁹⁾～辰井聡子³⁰⁾のラインと、責務違反に基づく例外的な帰属という発想を取り入れてゆくルシュカ³¹⁾～杉本一敏³²⁾のラインが、それなりに有力にはなっている。

4 特別予防

(1) 刑罰論における表れ

特別予防論とは、行為者の法益に対する危険性を除去するところに、刑罰の目的を求める考え方である。むろん刑罰は、実際に不法が犯されなければ科さ

いな環境を保持するために、社会的に連帯して、各人がやるべきことをする、やってはならないことをしないという行動規範に罰則の根拠を求めることは合理的であると思われる。」と。法益に固執すべきでないというのが、別の刑法理論を用意立てする趣旨であれば適当でないが、環境犯罪の主眼が自己中心的な行動の規制にあるとする点は、本文で述べたように正鵠を射たものと思われる。また「社会的に連帯」というのもヘーゲル主義的共同体論にいう、いわゆる連帯義務を想起させる点で若干ミスリーディングではあるものの、連帯性が公共財の供給量を決定する民主的討議の前提を構成するという意味では、正当な指摘と評価することができよう。これまた「あたり」の強すぎる主張であって、逆にプラグマティックではないのだが、たとえばリチャード・ローティ〔著〕齋藤純一ほか〔訳〕『偶然性・アイロニー・連帯』（岩波書店・2000）を参照されたい。

29) わざわざあげる必要のないほど有名であるが、カール・ラーレンツ『ヘーゲルの帰責理論と客観的帰属の概念』（1927）を参照されたい。

30) 単著である辰井聡子『因果関係論』（有斐閣・2006）もあるが、私としてはむしろ同題の、その後に出された論文（理論刑法学の探究①〔2008〕1頁以下に掲載）をお勧めしたい。その実質的な内容は、通説のパラダイムとは対極に位置するものの、通説にコミットする典型的な刑法研究者である私からみても、最高ランクに属する論文である。そのことを具体的に示す拙稿として、小林憲太郎「因果関係論と客観的帰属論」理論刑法学の探究②（2009）135頁以下をあげておく。

31) 現状、ルシュカの帰責理論はヤコブスと並び、ドイツ刑法学のマイノリティーとして、絶対に知っておく必要がある。初期の作品としてヨアヒム・ルシュカ『帰責の構造』（1976）を参照。

32) 非常にプロダクティブな学者でありながら、論文の水準はいずれもきわめて高いし、また文献の引用も詳細である。ここではいちいち論うことは避け、近日常に刑法雑誌に公刊される予定の、学会報告の存在を指摘するにとどめたい。その内容は、しかし、通説のパラダイムからすれば「問題の解決方法はすばらしいが、実はそのような『問題』は、はじめから問題となっていない」ということになる。

れえないのであるが、それはそういった段階にならなければ、行為者の危険性など認識しえないからだと説明される。他方、ネックになるのは責任の要件であるが、端的にいうと規範的責任要素は、その基礎を失う。同じ状況で同じ蓋然性をもってナイフを振り回す人の示す危険性は、彼／彼女がたとえば重度の統合失調症から弁識能力を欠くことによっても、なんら減じないからである。逆に新派はそういった危険性を有するがゆえに、処分を甘受しなければならない負担を社会的責任とよび、それをもって刑事責任の本体となす。ここではもはや意思自由などといった観念の入り込む余地はない³³⁾。

たしかにこのような発想は、そのままのかたちで一貫させることは難しいであろう。かつてわが国にも勝本勘三郎や、牧野英一、木村龜二、宮本英脩らをはじめとする新派の有力な学者が存在したが、今日ではその数は減少の一途をたどっている、あるいは死滅してしまったというものさえ多いほどである。しかしその一方で新派的な発想が、犯罪論ないし刑罰論のあらゆる局面で完全に放棄されているかといえば、これもまた答えは明らかに否である。

たとえば刑務所における矯正教育自体に真剣に反対するものはいないが、もし刑務所に入ることが制裁を構成する苦痛でしかありえないならば、かかる矯正教育は制裁それ自体の効率性——制裁はコミットメントであるから、犯行後に苦痛を与えることそれ自体は明らかに非効率であって³⁴⁾、ここではあくまで苦痛の予告、苦痛の回避可能性等を含めた、制裁という法形式それ自体の効率性を問題にしていることに注意すべきである——を害するほどに、社会からの隔絶や犯罪者どうしの接触により犯罪者が墮落し、出所後に社会に害をなすリスクを高める場合にしか許されないはずであろう。しかし、それは矯正教育というものに関する、われわれの共通了解とはずいぶん様相を異にする。

もちろん罰金等の財産刑に関しては、特別予防的発想を容れることは困難であるようにもみえる。しかし、しばしば刑罰の（威嚇力と区別して論じられる）感銘力とは、あらゆる形態の刑罰に伴う、最小限度の特別予防的効果にほかなら

33) とはいえそれに対する嫌悪感は、神経生理学者の間においてさへ強い。ベンジャミン・リベット [著] 下條信輔 [訳] 『マインド・タイム』(岩波書店・2005)などを参照。リベットの議論の刑法学における扱いについては今井ほか・前掲『刑法総論』56頁以下〔小林憲太郎〕、増田豊『規範論による責任刑法の再構築』(勁草書房・2009)などを参照。

34) それだからといって、苦痛を与えるべきでないという法律家はいないから、法学が経済学とは対照的に、事後の正義に支配されているというのは誤りである。

ない。行為者は当初、刑罰を威嚇の内容、すなわち「これこれこういう程度の苦痛」としかとらえていなかったものの、実際にそういった苦痛を与えられると、「これが刑罰の痛みか。こんなものを与えられるとは、自分は本当に悪いことをしたのだな。反省して、他人に迷惑をかけない人間にならない」と感じることがある。これこそが刑罰の感銘力といわれるものなのである。

（2）犯罪論における表れ

以上は刑罰論とよばれる部分に関する話であるが、実は——刑法学においても十分に認識されてはいないものの——いわゆる犯罪論においても、特別予防的な考慮が入り込んでいる局面がかなりある。たとえば故意がそうである。故意とは犯罪事実の表象・認容であるといわれるが、それが要求される、ないし刑を加重する根拠は、特別予防的な考慮にしか求めようがない。つまり、故意は刑罰の処分としての側面を構成する、責任の要素でなければならない³⁵⁾。

これに反対する議論は大きく分けて2種類ある。第1に、故意もまた刑罰の制裁的な側面から基礎づけられるものであるという議論、第2に、故意は行為者の守るべき行為規範の内容を規制する不法の要素であり、責任の要素ではないという議論である。しかし、いずれも適切なものとはいえない。

まず第1の議論は、故意と違法性の意識の可能性を切り離す、責任説が通説であることと整合しない³⁶⁾。制裁は行為者の行動を制御しうることこそ科しうるのであって、そのことと故意が無関係であると解する以上、故意を制裁と

35) 故意はさらにいくつかの要素から構成されているのだが、詳しくは小林・前掲『刑法的帰責』を参照されたい。最近ではこれらの要素のうち「知的要素と意的要素（私のいう情〔緒〕的要素ないし心情要素。論者は本来の意的要素を故意とは別の行為意思に位置づける一筆者注）を相関的に考慮して故意を認定しようとするもの」もある。脱稿後に接した佐伯・後掲「裁判員裁判と刑法の難解概念」12頁。しかし「客観的にきわめて危険な行為をしているにもかかわらず未必的殺意しか有していない場合と、客観的にはそれほど危険な行為でないが確定的殺意を有している場合とで、どちらを重く処罰すべきかも自明ではない」（15頁）のであれば、両要素のウェイト比は不明であって相関的に考慮できない。3つの要素を相関的に考慮して因果関係を認定しようとする、（井上祐司や）前田雅英の提唱にかかる著名な判断公式に対しては、各要素がどの程度のウェイトをもって算入されるかが不明であり、それゆえ判断公式として機能せず単なる結論のいいかえに帰するという、これまた有名な批判が向けられているが、ここではまさしくそれと同じ批判が妥当することに注意すべきであろう。つまり、裁判員が「阿吽の呼吸」をできないのではなくて、そもそも法律家が判断できないのである。

結びつけて説明することは許されないはずである。次に第2の議論は、「行為者が知らない事実を基礎として、『ああしろ、こうしろ』とはいえない」という要請以上のものを、通説が故意に押し込んでいることと整合しない。もう少し具体的にいうと、たとえば「意図」が故意の重い形態であることを、うまく説明できないのである。かりに故意が「『人を殺すな』といわれて行為をやめるためには、まずもって『その行為に出れば人が死ぬ』と分かっているなければならない」という要請をみたすためだけに要求されているとすれば、行為者が被害者を「ぜひとも殺してやりたい」と意図して狙いをつけたか、それとも「自分はあくまでイノシシを撃ちたいのであって、被害者に弾が当たらないに越したことはないが、もしかすると流れ弾が当たってしまうかもしれない」と思いつつイノシシに狙いをつけたかで、被害者に対する故意の重さに差が出ることはありえないはずである。

実は近年になって医療観察法というものが成立、施行され、刑罰とは区別された処分としての側面をもつとされる、通院・入院命令などが可能となった。そして興味深いのは、法で定められた対象行為が基本的に故意を前提とするものであるところ、わが国の最高裁判例によれば、その故意は（誤解を恐れずに短絡化すれば）処分の必要性という観点を容れて定められるというのである。いわく「医療観察法は、心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者に対

36) この脚注は本文の趣旨から外れた純粋な試論であり、それゆえ本稿全体からは「浮いた」ものであるから、その点に十分注意されたうえで読み進めていただきたい。

本文では故意がもたらす刑罰の処分としての性格に関連づけられると述べたが、いま一度考え直してみると、故意の少なくとも認識にかかわる側面については——あくまでその対象が予見可能な不法であるという前提つきではあるが——実際に不法を予見していたところから、弁識能力という次なる行動制御プロセスへとスキップできるという点で、これを刑罰の制裁としての性格に関連づけることは不可能ではないかもしれない。しかも刑法による動機づけに対する敵対性を持ち出す場合とは異なって、このようなかたちで制裁としての性格に関連づけるときには、故意（の認識的側面）と違法性の意識（の可能性）は行動制御プロセスにおいて、あくまで別の位置を占める——行為者の実際に予見する不法が規範的にも予見可能なものである限り、直截に前者（故意の認識的側面）に頼って後者（違法性の意識の可能性）から行動制御プロセスの検査を始めればよい——ことになるから、責任説との整合性がとれなくなるわけではない。

もっともそうだとすると、すぐ後にみる意図などはさまざまな心情要素、あるいは常習性などとともに、なお制裁とは別の処分という性格づけを要求せざるをえないから、従来、故意という表題のもとに一括して論じられてきた諸ファクターは、制裁と処分の両性格に分類させられることになる。

し、継続的かつ適切な医療等を行うことによって、その病状の改善及びこれに伴う同様の行為の再発の防止を図り、もってその社会復帰を促進することを目的とするものである。このような医療観察法の趣旨にかんがみると、対象者の行為が対象行為に該当するかどうかの判断は、対象者が妄想型統合失調症による幻覚妄想状態の中で幻聴、妄想等に基づいて行為を行った本件のような場合、対象者が幻聴、妄想等により認識した内容に基づいて行うべきでなく、対象者の行為を当時の状況の下で外形的、客観的に考察し、心神喪失の状態にない者が同じ行為を行ったとすれば、主観的要素を含め、対象行為を犯したと評価することができる行為であると認められるかどうかの観点から行うべきであり、これが肯定されるときは、対象者は対象行為を行ったと認定することができる」と（最決平成20・6・18刑集62巻6号1812頁）。

ここで（見落としやすいものの）きわめて重要なのは故意の内容が、故意の要求される根拠からただちに導かれるのではなくて、あくまで、かかる根拠が故意を要求することをおして充足されることとされている、その根拠から導かれるということである。そして後者の根拠が（俗な表現を用いれば）「わざと人を撃つのは危険人物だ」というところにあるとすれば、そもそもわざと撃つつもりがなく、ただ銃を暴発させてしまった者のように、そもそも「危険人物」でない、それゆえすでに前者の根拠を欠く場合はもちろん、たとえば重度の認知症のため銃の手入れを忘れ、これを暴発させてしまった「危険人物」であっても、なお後者の根拠を欠き故意が否定されることになる。問題はわざと撃つつもりがあった場合であり、ただ「獲物」が人ではなく猟獣だと誤信していた者が、そもそも「危険人物」ではなく故意が否定されるのはよいとしても、たとえば重度の統合失調症のため人がすべて猟獣に見えてしまう「危険人物」に、ただちに後者の根拠を欠き故意が否定されるといってよいのである。これがまさに本件で問題となった点であった。

なかなか難しいところであるが、人を猟獣ととらえたことが評価の誤りという限りにおいて、故意を肯定してよく、それを超えて処分を科するためには、故意を要求するのとは別のコースで危険を見出すべきであろう。むしろ、もっぱら精神の障害に基づいて、他人が人類に有害な「ケモノ」に見えてしま

う者（、ひいては立場により行為性を欠くとされる、ある種の夢遊病により家族を襲ってしまう者）の示す危険性は、「結果発生への確実度」ないし「結果発生への志向性・収斂性」という点で、伝染病患者（、ひいては重度の認知症により毒物を適切に管理できなくなった医師、さらには人をたまたま猟獣と誤信して狙いをつける猟師）の示すそれと質的に異なる³⁷⁾というのはそのとおりであるが、それは同時に故意を有する者が行為をとおして示す、たとえば「金のためなら他人の命などどうでもよい」という性向の危険性とも質的に異なる。論者は「通常の犯罪論では、因果経過のみならず、結果が生じる客体の構成要件の属性の一致までが、結果発生の確実度を規定するため、客体の属性を誤認した場合には、故意犯の成立は否定されるべきことになる」³⁸⁾と述べているから、あるいは「精神病に基づき人をケモノと誤信→精神病に基づきそれを攻撃」という確率が、「人を正しく認識→人命敵対的性向に基づきそれを攻撃」というそれと同じであることから、両者を等置しているのかもしれない。しかし——両確率は必ずしも一致しないというありがちな批判を措くとしても——そのように解したのは、立法者が確率の値ではなくて、わざわざ故意という要件を立てることで示そうとした、その独自の危険性をとらえ損なうように思われる。つまり、話は立法論にかかわってくるのである³⁹⁾。なお学説には、病気のせい

37) たとえば安田拓人「心神喪失者等医療観察法の対象行為」刑事法ジャーナル 19号 (2009) 18頁以下を参照。

38) 安田・前掲「心神喪失者等医療観察法の対象行為」23頁。

39) もっとも安田・前掲「心神喪失者等医療観察法の対象行為」24頁の提案するような、「精神の障害に基づく錯誤があった場合でも他害行為は故意に行われたものとみなす」といった、みなし規定を置くことは望ましくない。すぐ前に述べたように、収斂性などの危険性は故意のそれとは質的に異なるし、また、かりにこの点を措くとしても、故意のみなし規定を置くだけでは足りないからである（たとえば論者は義務充足能力を行為の要件とするから、同じく処分を科すべきだと思われる夢遊病者のケースでは、そもそも他害「行為」が認められなくなってしまう）。繰り返しになるが、この点を解決するには対症療法では足りず、処分に関する全体論的な検討が不可欠であるといえよう。むろん論者によればここでは、必ずしも犯罪論における概念との整合性を確保することを目指さなくてよいというのであるから（24頁）、あるいは（たとえば人命に対する確率的な意味での）危険性と強制医療の適合性、必要性、相当性の認められることだけが、理論的に決定的であるというかたちで実は検討が行われているのかもしれない。同「心神喪失者等医療観察法における医療の必要性和再犯の可能性」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（上巻）』（成文堂・2007）629頁以下も参照。しかし、それは治療処分法体系の構築という作業において、いわば「振り出しに戻る」ことと変わらないように思われる。この点につき、たとえば高橋則夫「責

で誤信したわけではない、裏からいえば⁴⁰⁾ 健常人でも誤信する場合には、「医療観察法による強制入院を命じないことには理由がある」と述べるものもある⁴¹⁾。しかしそのような場合には、そもそも「危険人物」ではないのであって、はじめから前者の根拠が欠ける。この種の問題状況においてはむしろ、後者の根拠が祖上に載せられていることに注意すべきであろう。

つづいて、刑罰の処分的側面が前面に出される犯罪論の局面として、故意のほかにも常習性などがある。常習性というのは、繰り返し行われた不法を一括して捕捉するという意味では、不法を加重する側面を有しているが、それに限らず、常習者が行った1回分の不法をも捕捉しうるという意味で、責任を加重する側面をも有しているのである。そして後者の側面がもつ意味は、「常習者は危険性が高いから、じっくりと矯正する必要がある」ところにしか求めようがないであろう。「法遵守動機をもてば不法を避けえた」というのは、常習者、非常習者を通じてまったく同じ蓋然性をもっていえることであって、常習性が規範的責任要素に影響を与えることはありえないのである。応報刑論の想定する意思自由に至っては、規範意識の鈍麻した常習者の方が、むしろ責任が軽いということにさえなりかねず⁴²⁾、常習性はいかなる意味においても、意思自

任無能力者の故意について」研修736号（2009）3頁以下（ただし構成要件の故意のレベルでは実質的に本稿の主張と重なるものの、正当化事情の誤信に基づく責任故意阻却のレベルでは例外的に、かかる誤信が一般人は陥らないものである限り、医療観察法における対象行為該当性を認めており、東京高判平成20・3・10判タ1269号324頁もこれに引きつけて理解される）を参照。

40) もっとも厳密にいうと、まれとはいえ「生活歴の途中で病気を発症し、認知に歪みが生じたのでない事案では、『人とは何か』という認識が当該対象者を前提とすればおよそ認められないことも考えられるが、その場合にも対象行為該当性が認められるべき」であるから、錯誤が精神の障害に基づく（つまり以前は正常であった者の）場合に限られず、精神的に健常な者なら錯誤に陥らなかったといえるにとどまる（つまり最初から異常であった者の）場合にも、なお対象行為該当性が認められるという論理的関係にあるとされる。安田拓人「判批」判例評論603号（2009）173・174頁を参照。それゆえ「裏からいえば」ではなくて、「ひいては」というのがより正確であろうか。

41) 安田拓人「精神の障害に基づく錯誤について」中谷陽二〔編集代表〕『精神科医療と法』（弘文堂・2008）45頁以下を参照。

42) そこで応報刑論が考え出したのが、行状責任や人格形成責任といった観念である。その代表例として団藤重光「人格責任の理論」法哲学四季報2号（1949）100頁以下を参照。すなわち常習者というのは、折にふれてなされた反法的（ないし反道義的）な意思決定の積み重ねにより形成される人格であるから、全体としてみれば、大きな意思自由を認めることができるというのであ

由のパラダイムによってはよくとらえられない。

さらに過剰防衛や過剰避難における刑の任意的減免、その先にある超法規的な可罰性の阻却においても、刑罰の処分的側面が表れているといつてよい。たとえば誰かから襲いかかられたために反撃し、ただ興奮しすぎて必要以上にやりすぎてしまったという場合、意思自由、非難可能性という切り口に限ってみれば、その興奮状態が驚愕や恐怖の念から生じていようと、はたまた憤激や攻撃的性格から生じていようと、おそらく有意な差は認められないであろう。しかし、ふつう処罰に疑義が生じるのは前者のケースだけであろう。そしてそれは、前者においては行為者が、本来、他人を害そうとする性向とは無縁だと解されるためであろう。いいかえれば、前者の行為者には処分の必要性が少ないか、もしくは欠けるのである。実際、ドイツの刑法典は明文で、そのような区別を設けている（たとえば過剰防衛に関する33条を参照）⁴³⁾。

Ⅲ 外向きの刑罰論、内向きの刑罰論、刑罰論の外枠

(1) 外向きの刑罰論

ここまで述べてきた刑罰の目的や構造にかかる議論は、実は刑法学の枠を超えて、いわば「外向き」に拡がってゆくことがある。他分野の専門家が「今、自分のしている議論は刑法っぽいな」と感じられるときは、往々にしてそのような事態が発生している。しかもそれはいうところの三段階犯罪論体系が、憲法学における違憲性阻却判断の枠組みに参照される⁴⁴⁾などといった、論理構造としての類似性を企図しているのではない。そこではむしろ異なるコンテク

る。しかしこのような考え方に対しては、行為責任の原則に反するとか、かりにその点を措くとしても、最後まで逡巡しながら犯行を繰り返した人間の方が、むしろ責任が重いことになり、道徳的直観に反するなどといった批判が投げかけられている。

43) 33条に関して明確に、このような説明を付けるのもまた前出のロクシンであり、その詳細については林美月子『情動行為と責任能力』（弘文堂・1991）が詳しい。

44) なお違法性阻却（正当化）にかかる、いわゆる目的説は歴史的にみると、さまざまな正当化原理に分解されたのち、結局はこれらに解消された。小林憲太郎「違法性とその阻却」千葉大学法学論集23巻1号（2008）397頁以下注3を参照。今日、ドイツ憲法学において、基本権侵害の正当化に（比例原則により構成される手段審査に先立って）目的審査を要求するのは、したがって、刑法学的手法をも参考にしたとしば述べられる割には、やや時代遅れであるように思われる。適合性が必要性に解消されるのと同じく、目的審査は狭義の比例性に解消される。たとえば規制目的が正当でないとされる場合に、保全しようとする利益が基本権侵害に優越することは、両判断の標準として論じられているところに照らし、論理的にありえないからである。

ストが、ただ似た言葉で語られているにすぎないのである。そうではなくて、たとえば行政制裁や民事制裁を科すときにも、刑罰を制裁としての側面から特徴づける、さまざまなファクターは同じく要求されなければならない、といった如くである⁴⁵⁾。具体的には罪刑法定主義や責任主義⁴⁶⁾が妥当せられることになる。

いわゆる法秩序の統一性というのも、この局面でいうならば、同じ法益侵害・危殆化を避けさせようとする制裁である限り、それが刑事制裁であれ行政制裁であれ、その前提とする適法・違法の区別は——可罰的違法性といった程度問題を除けば——原則として共通するところとなるという、おのおのの法分野において実質的な検討を行った帰結にすぎないことに注意すべきである⁴⁷⁾。同様のことは「民法上適法ならば刑法上も適法」という、しばしば（刑法学者によって）主張される命題についてもいえる。つまり、そういった命題自体には規範的な価値がなく、あくまで当該局面において当該行為を民法上適法とする一定の実質的な考慮が、同時にそれに対する刑事制裁の要件である違法性を阻却するプリンシプル——同様の事態を避けさせようとするものである限り、行政制裁その他の制裁においても原則として共通することは上述した——をみたすことが重要なのである。対物防衛しかり、契約による正当化しかり、無過失による法益侵害しかりであって、そこに上記命題を適用する際に必ず付される一定の留保は、論者がそれを意識しているかどうかは措くとしても、あくまで刑法上の正当化原理から導かれていることになる。

たとえば、かりに契約の拘束力が「それを認めないと契約が利用されなくなり、結局は契約破棄者の利益状況まで悪化してしまう」という、ある種の経済分析に求められるのであれば（つまり国家による契約履行の強制は囚人のジレンマの解消であり、そうすることで人々は契約の締結という一種のコミットメントによって、全体としての利益状況を改善することができる）、それは同時に優越利益

45) 労働法における懲戒処分についても、それが国家刑罰権と同じく（社会）契約の衣をまとった固有権であることを含め、話が同じであることを示す近時の学生向け雑誌論文として、大内伸哉「懲戒処分は、どのようなときに有効となるの？」法学教室 346 号（2009）74 頁以下がある。

46) 繰り返しになるが、責任主義とは規範的責任要素を要求する考え方のことである。なかには責任主義を罪刑均衡の意味に用いるものもあるが、それはたとえば刑罰の処分としての側面をも規律する、比例原則の一現象形態にすぎない。

47) 具体的な判例を素材にこのことを示したものとして、非常に簡潔ではあるが、小林憲太郎「判批」『経済法判例・審決百選』（有斐閣・2010）掲載予定を参照されたい。

原理という刑法上の正当化原理をみることが多く、ただ安全という公共的利益を含めた他の重要な利益が侵害されるときは、全体として優越利益が欠けることもありうるというにすぎない。むろん契約の拘束力がもつ公共財的効用は、しばしば用いられる表現にならえば「制度的」、「一般的・抽象的」なものであって、自己の身体を守るために他人の財産を侵害したという、典型的な緊急避難などにおいて利益衡量に算入される、まさに当該行為によって侵害・保全される個別具体的な私的財とは異なる。しかし環境犯罪のところすでに述べたように、公共財はその性質上、フリーライドの集合的禁止によって供給されるのであるから、契約の拘束力がもつ効用を想定する際にも、かかる拘束力の合理的潜脱が集合的に禁止されている状態と、そうでない状態との格差が問題とされるべきである。先述のたとえば制度的な利益が算入されるとき、「およそその種の行為を禁止すると、こういった社会的損失が生じる」等と表現されるのも、これとまったく同じことである。つまり、かかる効用はミクロの観察を超えた重要性をもっており、ただ、安全や人格の利益もまた重要だ（ないし、そもそもトレード・オフが許されない）というにすぎない。

もちろん以上のことは逆に他分野のパラダイムが、外向きに——ここでは刑法学の方に——拡がっているととらえられるのであって、刑法学者も他分野の勉強をしなければならない。しかしそれは刑法の目で他分野の文献を、役に立ちそうなところだけつまみ食いの読めば済む話であって、学際的な研究といっても特段の注意を要しない。本稿が警鐘を鳴らしたいのはむしろ、他分野の「お作法」、思考形式を全体として身につけなければ共通了解の生まれない主題化を、ただそれを単体で取り出してみれば似ているというだけの理由で、そのまま援用して議論を始めようとする態度である。

市民感覚を他分野とよぶ語用は厳密には存在しないかもしれないが、上記と似た論点を含む現代的な問題について一言しておこう。すなわち裁判員制度は刑事裁判に、市民感覚を取り入れるために導入されたものであるが、そうだとすれば刑法学上の概念を単体で取り出して、その内容や判断基準を裁判員に分かりやすく説明し、あてはめさせるというやり方は完全に的を失っている⁴⁸⁾。

48) むろん法令の解釈は裁判官の専権であって、裁判員には適用のみが許されるのであるが、それは法律家共同体の共通了解（お作法）が、裁判員制度により一気に転換させられないようにする、ある種の戦略にほかならない。そうでないと対象事件が限定された裁判員裁判において問題になりうる、刑法学のしかも一部だけが従来のフレームから大きくずれてしまうことになる。解釈と

そうではなくて、全体としての市民の当罰性感覚にたずねなければならないのである。ここで「全体としての」とは「体系化された」と同値であって、かりに市民がなんら体系化された当罰性感覚を持ち合わせていないとするならば——そして残念なことにそういった口吻は、しばしばメディアにみられるのであるが——裁判員制度の基礎はかなり危ういものとなる。

このことを絵画にたとえるならば、専門家の間だけで素晴らしいとされている絵画について、市民に「この絵画は素晴らしいですか」とたずねるのが裁判員制度なのである。専門家が市民に「この種の絵画が素晴らしいとされる条件のひとつとして、ここの線とあそこの線が平行になっていることがあげられますが、この絵画ではそうなっていますか」とたずねるのでは決してない。そしてそこでは市民にも、ある程度の「絵を見る目」（＝全体論的な、体系化された絵画の評価基準）のあることが前提とされているのであって、もしそのような前提がみだされていらないとするならば、裁判員制度はむしろ「市民に絵を見る目を養わせる制度」として再正当化されなければならないことになる。

（2）内向きの刑罰論

（a）自招侵害

以上に対して刑罰論は、刑法解釈論上の具体的な論点をマイクロコスモスとして、いわば「内向き」にも拡がってゆくことがある。たとえば自招侵害という重要論点があるが（自招危難というものもあるが、そちらは省略する）、それはみずから積極的に不正の侵害を引き起こしたとか、あるいは不正の侵害をあらかじめ回避しておくべきであるにもかかわらず、そうしなかった場合に、かかる侵害に対する正当防衛が制限・否定されうるか、という問題である。そして最近では最有力の刑法学者が最決平成 20・5・20 刑集 62 巻 6 号 1786 頁をきっかけに⁴⁹⁾、いわゆる相互闘争状況において正当防衛を制限・否定する観点が、

適用とが論理的に截然と二分され、なおかつ、裁判員の権能が本性上、その一方に限局されるというのは、法学者の誰もが真剣にコミットしたことのない、あまりにも強すぎる前提であろう。なお、そもそも職業裁判官以外が裁判所を構成することの、憲法上の問題点については度外視している。

49) なお多くの刑法学者は他のあらゆる論点と異なりこの自招侵害に関してだけは、特定の判例がなければおよそ主張しようとは思わないであろう理論を堂々と展開している。しかし刑法理論が全体としてひとつのインテグリティを構成しながら、判例実務に対して——むしろカントの三批判的な意味でも——批判的な視角を提供する責務を公益上、負っているとするならば、自招侵

複数かつ別個独立に存在しうると述べて注目を集めている。具体的にはいわゆる侵害回避義務の違反と、客観的な事実自体による正当防衛の制限・否定としての、不法な相互闘争行為の開始がそれにあたるという⁵⁰⁾。

しかし予期された⁵¹⁾侵害を回避する義務といっても、結局、それを失わせる特段の負担の有無は、不正の侵害を現実化させない作為義務の存否や、かかる侵害を引き起こす正当な理由の有無にかかっている（実は責任の有無にもかからしめられているのだが、ここでは省略する）。後者は一般に承認されている

害に関してだけ、突如としてそういった全体としての刑法理論から乖離してしまうのは、私には望ましいことだとは思われない。ちなみにいわゆる各論では学説が判例に振り回されることも多いが、それは総論に比べて学説独自のインテグリティが弱いからである。それもそのはず、各論というのはさまざまな犯罪の共通項として括られなかった、ある意味でスボラディックに存在する要素の解釈を指すものだからである。

50) 山口厚「正当防衛論の新展開」法曹時報 61 卷 2 号 (2009) 1 頁以下。ここでのおおの理論構成の適否について詳論することは避けるが、少なくとも後者は一見しただけでもやや不自然の感をぬぐえない。マクロの観点からみた、いうところの「喧嘩」の最中に相手を殴りつける行為が正当防衛を構成しないのは、その喧嘩を始めたのが自分であろうと、はたまた相手であろうとなんら異なるところはないからである。古い裁判例の援用する「喧嘩両成敗」とはまさにこの意であろう。

もっともだからといってしばしば誤解されているように、被告人が被害者の暴行を招いたことを重視している最決平成 20 年が、こういった原則を敷衍したものだととらえるのも同じく不自然である。むしろこの最高裁判例は喧嘩をある程度、分析的にとらえたうえで、行為者を「いきなり殴りつけて逃げ出したら、相手が怒って追いかけてくるなど簡単に分かるでしょうに、なぜそんなことをしたのですか。あなたには罰として正当防衛を認めませんよ」と非難するものととらえるべきであろう。

51) なお私自身は正当防衛を制限するのに、必ずしも予期までは必要でないと考えているが、話が細くなるのでここでは省略する。詳しくは島田＝小林・前掲『事例から刑法を考える』202 頁以下〔小林〕を参照されたい。

従来、侵害の予期を侵害回避義務の中核的な要件に位置づけてきた橋爪隆も最近になって実質的に改説し、「侵害の招致を十分に予測しうる客観的状况」については侵害の予期を不要としている。同「判批」『平成 20 年度重要判例解説』（有斐閣・2009）175 頁。侵害回避義務論が、あくまで「行為者にとって」侵害の回避が特段の負担になるかを問題にする以上、これは実質的には予見可能性を意味しているのであろう。なお同「正当防衛論の最近の動向」刑事法ジャーナル 16 号 (2009) 9 頁も参照。侵害の招致をたとえ客観的に予測できたとしても、あくまで行為者個人にまで予測できなければ、それを回避しろといわれた行為者は困ってしまうからである。

もっともこのように考えてみたとしても、橋爪説の全体構造や、自説と最決平成 20 年との整合性に関する主張に照らし、看過しえない 2 つの問題が生じてしまうことに注意すべきである。す

が、前者についても、たとえば公園のベンチで昼寝をしているだけの行為者が、友人から電話で「すぐにお前の恋敵（被害者）がそちらに着き、殴りかかれるぞ」と知らされたような場合には、その昼寝にどれほど意味がなかろうと、そして安全に身を隠せる場所が公園のどれほど近くにあるだろうと、逃げ出さずに反撃をする行為が構成すべき正当防衛は、原則として制限・否定されないと解すべきである。それはちょうど、どれほど暇な人間であろうと、そして持っている携帯電話で119番通報するのがどれほど造作のないことであろうと、血だらけの被害者を救助せず見殺しにしても、原則として（殺人罪に対応する）刑罰が科されないのと同じである⁵²⁾。もちろんそのことを分かったうえで、特

なわち第1に、予見可能性だけで侵害回避義務を肯定してしまうと、対抗行為がおよそ正当化されえない範囲が、従来妥当とされてきたそれを超えて、あまりにも広がってしまう。第2に、かりに第1の点をおくとしても、「侵害を現実化させるべきではなかったとして、緊急状況性を否定する」というにとどまる限り、先行行為それ自体が不正の行為であることや、挑発行為と不正の侵害との間の因果関係を超えた直接性などは、ただちに要求されないことになる（他方、招致された侵害と先行行為の程度とのバランスは、「やられたら100倍にしてやり返す」人間が現実には理念型としてしか存在しない以上、予見可能性の見地から実質的に要求されることになる）。たとえば用もないのに暴走族の集会におもむき、石を投げるなどはいえる（=そうさせても行為者にとって特段の負担にはならない。以下略）のに、がんをとばすなどはいえないというのは明らかにおかしいし、またそれで怒った暴走族がすぐにその場で襲いかかってくるような、そういう投石（がんとはし）だけしかやめろとはいえないというのも明らかにおかしい。

もちろん——これまでの彼の筆致からしてまずないとは思いますが——不正の行為だからこそ、やめさせても特段の負担にはならないという趣旨ならば、このような問題は生じないことになるが、そうすると今度は侵害の予期どころか、予見可能性の要件さえ出てこないことに注意すべきであろう。以上を要するに、たしかに侵害の予期ではなくても正当防衛を制限すべき場合は存在するものの、それを侵害回避義務の肯定というかたちで承認するのは強すぎて適切でないし、また、たとえそうしたところで論者の理解するところの最決平成20年を、うまく説明しきることはもとより不可能なのである。

- 52) 私は佐伯仁志にならう、侵害者の生命ないし人格的利益に対する正当防衛には、退避義務（や法益の権衡）の要件が課せられると考えているが、それだからといって、それが現実化すれば侵害者の生命ないし人格的利益を侵す以外に身を守る方法がないような侵害を、事前に回避する作為義務（侵害回避義務）がただちに行為者に課せられるわけではないことが、ここからも理解されよう。なお誤解のないよう付言しておく、前記退避義務の根拠は「生命侵害のタブー視」が、独自の公共的利益として観念されるところにある。退避せず侵害者の生命を奪うことが、その自律侵害にあたるからでは決してない。

段の負担とのみ言い続けるのは自由であるが、それであれば同時に「無関係の第三者なのに法益を救助しろといわれたら特段の負担になる」、「執行官なのに仕事で他人の家に立ち入るなどといわれたら特段の負担になる」（「重度の統合失調症患者なのに違法行為をやめろといわれたら特段の負担になる」）といったような、われわれ刑法学者の「お作法」に照らして——プリミティブな印象を与えるという意味で——奇妙な語用に則らなければならなくなることに留意すべきであろう。

また違法な⁵³⁾招致行為により、客観的に相互闘争行為が開始されたといっても、結局、行為者に固有の側面⁵⁴⁾は考慮されざるをえない。たとえばプロレスラーである行為者が、対戦相手である被害者のインタビュー中に殴り込み、これを受けて被害者が失神するふりをするという筋書きを渡され、そのとおりにしたところ、実はその筋書きは被害者側が拒否したため採用されなかったものであり、そのことが行為者側に伝わっていなかっただけであったことから、突然の事態に怒った被害者が失神するふりなどしないまま、立ち去ろうとした行為者を追いかけて殴りつけたとしよう。こういった場合、客観的には相互闘争行為が開始されているかもしれないが、行為者が筋書きの不採用を知りえなかったのであれば、その反撃は正当防衛を構成しうると解すべきである。これは侵害を招致することを認識しえなかった場合であるが、かりにそのことを認識しえたとしても、プロレス団体内部の不文律から許されると誤信し、しかもそのことに相当な理由があったとか、あるいはたえそうでなかったとしても、精神疾患などにより、招致行為をやめるよう自己の行動を制御しえなかつ

53) なお私自身は招致行為それ自体が違法であることを要求する理由はないと考えている。それはせいぜい被害者の反撃を正当防衛たらしめ、それゆえ行為者のさらなる反撃から、正当性をはく奪する契機を有するにすぎない。したがって行為者の招致行為としては、「理由なく殴りつける」必要ではなく、たとえば「がんとばす」だけでも足りるのである。逆に論者の採用する結果無価値論によれば、違法というだけでは無過失でぶつかる場合まで含まれてしまう。こうして結局のところ本文で述べるように、行為者に固有の側面をも考慮せざるをえないことが、違法という——実は不要な——要件加重のフェイズでも明らかとなるのである。

54) 論者はこれを主観面とよぶが、不正の侵害を招致すること（あるいはそのことにつき正当な理由がないこと）の予見可能性、そのことが禁止されていることの認識可能性、禁止に従って招致をやめるよう自己の行動を制御する可能性は、後述するように正当防衛の制限・否定を刑罰になぞらえるならば、むしろ規範的責任要素ともいうべきものであり、単純に主観面と表現するのは不適切であろう。

たような場合にも、同じく正当防衛を肯定すべきだと思われる。

そしてここからが最も重要であるが、これら2つの観点を統合するのはマイクロコスモスとしての、つまり正当防衛を制限・否定するパラダイムとしての刑罰論にほかならない。すなわち法的にみて望ましくない不正の侵害を現出させたことに対し、その利益を守るための正当防衛を制限・否定するという、ある種の刑罰を科するのである。もっとも、それがあくまで制裁的な性格を有する以上、罪刑法定主義（の自由主義的側面）に照らして、簡単にではあれ法定すべきであろう⁵⁵⁾。

（b）中止犯

ところで、いわゆる中止犯を定める刑法43条（ただし書き）は「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者は、その刑を減輕することができる。ただし、自己の意思により犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除する。」と規定している。

学説にはこれがさまざまな量刑事情のひとつを類型化したものにすぎないととらえるものも多い（あえていうと褒賞説。ただし特定のタイプのそれ。以下略）。しかし、たとえば詐欺事件において行為者が反省して被害弁償したという事情は、裁判官が量刑判断において斟酌すべきさまざまなファクターのひとつにすぎないとしながら、中止犯だけは必要的減免という強力な効果をもたらすというのでは、立法政策として合理性を備えているとは到底いいがたいであろう。そして、かかる学説が中止犯を量刑事情として重要とみる根拠——より正確に

55) なお脱稿後、佐伯仁志「裁判員裁判と刑法の難解概念」法曹時報61巻8号（2009）1頁以下に接した。佐伯は（私も実質的に支持する）通説的な発想を批判して、①「先行行為を処罰するわけではないのであるから、」②「侵害を受けた時点で、それが自己の先行行為によって招致されたものであることが行為者に認識できれば防衛行為を制限してもかまわない」、③「相手に暴行を加えても相手は自分を怖がって反撃してこないだろうと思っている自信家は正当防衛権を制限されないが、相手に暴行を加えたら反撃してくるだろうと思っている者は正当防衛権を制限されるという結論は妥当でない」と述べる（21・22頁）。

しかし、まず①「先行行為を理由に正当防衛を制限するわけではないのであるから」という趣旨であれば——そして、おそらくそうであると思われるが——通説は妥当でないと述べているにすぎず、また「原因において違法な行為の理論を使うわけではないのであるから」という趣旨であれば通説も同時に承認するところであって、いずれにしても無意味な批判である。次に②実は被害者は自己の先行行為とは無関係に侵害に及んでいるにもかかわらず、自分が怒らせたのだと誤信した心配性の行為者の正当防衛を制限するのは妥当でなく、逆に、先行行為が現実には侵害を招致したことを要求するのであれば（ちなみに私自身は既述のように、客観的な招致の関係だけ

でも足りない、したがって、たとえば侵害の招致につき過失さえなかったのであれば、たとえ侵害を受けた時点で、自身が侵害を招致したことを認識できたとしても、なお正当防衛を制限すべきでないと考えているのだが、それはここでは措いておく)、それはつまりところ論者の言に反し、先行行為を(も)理由に正当防衛を制限していることになる。論者は通説的な発想に、不作為犯における先行行為説と同様のものを見出しているのかもしれないが、現に論者自身が先行行為(危険創出。もっとも、この語は法的に許されないそれに限定して用いるのが通例であるから、ややミスリーディングである)を(も)理由に不作為義務を課しており、ただ先行行為に対する制裁としてそうしているわけではないことから、違法性や過失さえ不要と解しているにすぎない。そして、ここで決定的に重要なのは、そのように解する実質的な理由が自招侵害の場合には妥当せず、また、そうでなければ論者の重視する、正当な「したいことをする自由」、「行きたい所へ行く自由」など画餅に帰するということである。不作為義務の要件としての先行行為が標榜する自由保障の観点とは、「不作為が問題となる事態に何かしらの関係がないと、偶然をもとに不作為義務が課せられることになってしまうから、それを避ける」というにとどまるものであり、前記正当な自由の保障に比しまったくの別物と評してよいほど内容が薄い。しかも——既述のように、それが正しいと私は思われないのだが——かりに妥当するとすれば、今度は先行行為を不作為時に認識できたことが不作為義務の要件ではないのと同様に、防衛行為時にそうできたこともまた正当防衛制限の要件ではなくなってしまうのである。これは論者の意図せざるところであろう。さらに③自信家の優遇は「自分は射撃の腕が良いから、被害者のすぐ側を弾が通過するようにして、脅かしてやろう」と考え人を撃つ自信家を、「自分は腕が悪いから命中するかもしれない」と思いつつそうする者よりも優遇するという、過失犯を故意犯よりも軽く処罰する現行法も基礎とする基本原則の表れにすぎず、しかも、それは合理的に正当化しようと一般に解されているし(論者はそう解していないのかもしれないが、むしろ過失名誉毀損罪を故意名誉毀損罪と同じ法定刑で処罰する方が異常事態であって、だからこそ通説は不実性を不法そのものから外そうとするのである)、おそらくは論者自身も(侵害を受けた時点で)「侵害は自己の先行行為とは無関係だ」と思い込んだ自信家の正当防衛を、「あいつが怒って殴りかかってきたのは自分が挑発したからだ」と分かった者のそれよりも(あるいは同じ程度に)制限しやすいとは考えないと思われる。

このように佐伯の主張は、従来の刑法理論の中核的な部分に抵触するという意味で、刑法理論を抜本的に作り変えない限り、理論的な過ちを犯すことになると思われる。論者のいうように裁判員制度の導入に応じて刑法理論に修正を加えてゆかなければならないとしても、それはあくまで、従来、刑法学界において共通理解を形成してきた伝統的な刑法理論を補修してゆかなければならないという意味であって、裁判員制度が導入されたからちやぶ台をひっくり返してよくなったというわけではないのである。論者の主張は天才的とも評すべき斬新さ、軽やかさをもってわれわれに迫ってくるだけに、刑法体系の全体としてのインテグリティをなんとか維持しようとする、地味な保守主義者の地道な努力がもつ意味を、ここで改めて銘記しておくべきであろう。そして、それによれば「正当防衛と称して反撃してやろう」と考え侵害を見越して挑発する者の方が、「まさか殴りかかってくるほど怒ることもないだろう」と軽信する者よりも正当防衛を制限されやすく、また侵害を受けた時点で「先行行為とは無関係だ」と誤信した場合には、先行行為による侵害の招致が正当防衛を制限しうる限りにおいて、(錯誤論に関する通説を前提にすれば)故意が阻却される、つまり、あくまでその意味においてのみ可罰範囲が狭められることになる。

いえば立法者が重要とみた根拠として、かかる学説が考えるところのもの——は、つまるところいわゆる答責性の減少に求められるのであるから、中止犯規定そのものを答責性減少事由ととらえる見解（あえていうと刑罰目的説）もまた、同じく中止犯のみの特別扱いを正当化しえないと思われる。

学説には「同様のことは、例えば、実行行為に着手した者が、その因果系列の展開が結果発生から逸れたことを認識して、結果発生を可能にすべく修正のために行為を加えるような場合にも看取される。この場合、事後の修正行為を行ったことにより、結果を発生せしめ得たと認められるならば、実行行為と事後の修正行為とが一個の故意に導かれるものである限り、これにより両者を併せて全体的に評価して一個の既遂行為と評価すれば足りるのであって、実行行為と修正行為とをそれぞれ認め、前者を後者に吸収させるという論法をことさらに採る必要はないことに注意すべきである。この既遂犯の事例と中止未遂とでは、実行行為の因果的展開の事後的な修正の仕方の方向に相違はあるが、全体的考察法に付されるべき構造を有する点では同質のものと考えられよう。」⁵⁶⁾と述べるものもある。しかし「この既遂犯の事例」で既遂一罪が成立するにとどまる理由は、少なくとも通説が考えるところによれば中止未遂には妥当しないから、このような説明によっても上記正当化は不可能である。また、この点を措き、かりに妥当するとすれば、「この既遂犯の事例」に合わせるなら中止未遂を障害未遂と同じく、逆に中止未遂に合わせるなら「この既遂犯の事例」を既遂一罪よりも重く処断しなければならなくなり、論者が推論の前提とした「この既遂犯の事例」および中止未遂の処断方法のうち、いずれか一方は論理的に成立しなくなってしまう。論者の主張する全体的考察法は非常によく考えられたものではあるが、中止未遂の要件および効果を過不足なく正当化する力は、残念ながら持ち合わせていないといわざるをえない。

このようにみえてくると、やはり中止犯とは行為者に必要的減免という一種の逆刑罰——要は「鞭」に対する「飴」——を用意することで、いったんは作り出され、そのままでは既遂に発展してしまう危険を除去させるよう、行為者の行動を統御する独立の逆構成要件と解すべきであろう（あえていうと刑事政策説）⁵⁷⁾。障害未遂は既遂の刑が裁量的に減輕されうにとどまるから、（かりに中止犯の規定がなければ）いったん実行に着手した行為者としては、中止せずそのまま既遂まで達した方が賢明ということにもなりかねず⁵⁸⁾、既遂を妨げ

56) 金澤真理『中止未遂の本質』（成文堂・2006）88・89頁。

ることで問題となる法益を保護しようとする観点からは、もうひとつの刑事政策的手段を投入しなければならないのである。しかも中止犯は実際にかかる危険を除去し、既遂に実現させなかった（つまりそもそも既遂に達しないか、あるいは達してもかかる危険の現実化とはいえない）ことを要求するという意味で、

57) むろん必要的減免が「鉛」として甘すぎるのではないか、逆に未遂犯に限らず、放置すると増大してゆくタイプの危険・侵害を引き起こす犯罪にも、同様の逆刑罰を設けるべきではないか、などといった立法政策としての合理性に対する疑問はあるが、それはここでは措いておく。もっとも前者については障碍未遂を、必要的減軽というかたちでさらに減軽し、加えて免除というかたちで酌量減軽の不足分を補う点で、むしろちょうどよい「甘さ」であるし、また後者については行為者の新たな決意がなくても、危険が結果に実現するという意味での（＝第2行為に出ることの）自動性や、未遂罪と（中止犯規定の準用の可否が学説上、さかんに議論されている）予備罪との刑罰格差に着目し、あくまで合理性を認めようとする主張もみられるところである。和田俊憲「中止犯論」刑法雑誌 42 巻 3 号（2003）281 頁以下を参照。

学説には中止犯が前提とする犯罪の構造を、故意が不法を超過しているところに求め、そこから故意が不法を超過していない予備について、中止犯の余地を否定するものもある。たしかに故意が不法を超過していれば、そうでない場合に比して、重い刑罰が基礎づけられうるとはいえる。しかしそれとて、さらなる犯罪の発展段階に科せられる刑罰に比して、大差ないといえるほど重くない限り、わざわざ中止犯を認めるインセンティブは存在しない。他方、たとえ故意が不法を超過していなくても、その先の犯罪の発展段階に比して、刑罰の重さにほとんど差がないのであれば、やはり中止犯を認める契機が存在する。その意味でこのような見解は適切でない。せいぜいいえるのは、「他方」以下の立法があまりみられず、たとえみられたとしても、必ずしも合理的でない場合がある、ということだけである。

また中止犯を逆構成要件ととらえる学説のなかにはそれを、みずから設定した救助の因果の断絶であっても処罰されうることの、単なる裏返しに位置づけるものもある。クリスチャン・イエーガー『帰責可能な危殆化の逆転としての中止未遂』（1996）127・128 頁を参照。むろん比喩的な表現にすぎないのであろうが、逆構成要件があくまで通常の構成要件に対し、補充的に投入される立法政策にすぎないことを失念させかねない点で、相当にミスリーディングだと思われる。

さらに学説のなかには中止犯規定の趣旨など、刑法学からは説明しなくてよいというものもある。ことに有力な見解は、自己の意思による中止が刑罰からの解放を導くことを、民法上の債務履行が債務の消滅を導くことなどにぞらえて、債務履行説などといわれる。ロルフ・ディートリッヒ・ヘルツベルク「中止未遂における刑罰からの解放の根拠と限界」『カール・ラックナー古稀祝賀論文集』（1987）325 頁以下などを参照。しかし、それは法実証主義というよりも、むしろ望ましいと思われる結論が他の説から導けないと批判したうえで、「立法者がそうすることにしたのだ」といわば開き直る、究極的には他の説と同列の主張であることに注意する必要がある。それゆえ、その導く結論は、ロクシン（や本稿）が自説から導けると標榜するものとほぼ同じである。

既遂犯のそれを定めたものだととらえるのが妥当であろう。こうして刑法 43 条ただし書きは、いわば逆罪刑法定主義の要請をみたすことになる。このように刑事政策説が合理性、合理的な主体という観念を基礎に置くことは、本説の創唱者が（本稿でもしばしばとりあげてきた）フォイエルバッハであるという事実、に、如実に表れているといえよう。

最近ではドイツの影響を受けてわが国でも、中止犯の根拠論と体系的位置づけ論を明確に区別しようとする動きが強いが、それ自体が中止犯規定に関する一定の理解を前提にするものといわざるをえない。つまり、あくまで未遂犯という修正された構成要件を出発点としながら、たとえば「ともかくもその既遂への到達を防げればよい」という意味での刑事政策説（根拠論）が、中止犯はそもそもかかる構成要件に該当しない（あるいは少なくとも違法・責任が減少している）という意味での法律説（体系的位置づけ論）と、次元を異にしているという理由から併用できるというにすぎない⁵⁹⁾。たしかにわが国の——しかも最新の——議論において一般的である、刑事政策説と法律説を同一の平面に並べて「刑事政策は違法・責任に関連づけられていなければならない一方、違法・責任も 43 条ただし書きという刑事政策をととしてはじめて考慮されるから、いずれの主張にも一理ある」とする主張に、一理もないことは否定しえないであろう。しかしそのことと、未遂犯の中に体系的位置づけ論を見出さなければならないこととは、これまた次元が異なっている。要するに未遂犯という修正された構成要件そのものから、中止犯独自の逆構成要件へと目を転じる必要があるのである。

中止犯は未遂犯⁶⁰⁾によって作り出された既遂到達の具体的・現実的危険

58) この表現では不作為による中止だけが念頭におかれているようにもみえるが、同様のことはむしろ作為による中止の場合にもあてはまる。しかも近年では事前の行為計画を標準に実行行為の終了時期を定め、それ以前と以後とで必要になる中止行為の内容を決する見解は圧倒的に少数であり、むしろ中止行為時に作為まで行わなければ既遂到達を防げないかどうかによって、それを決する見解が通説的となっている。それゆえ行為計画の中核的な部分にとりかかり実行の着手は認められるものの、それを完遂していない段階で自動的に既遂に到達する危険が設定されてしまった場合には、早すぎた構成要件の実現において（故意）既遂犯成立の余地を認めない立場を前提にすれば、せいぜい過失犯があわせて成立しようという範囲でしか中止のインセンティブが存在しないことになる。

59) いちいち文献は引用しないが、これは野澤充による一連の浩瀚な研究によって、わが国の学界にもたらされた知見である。

60) より正確にいうと「一罪を構成する、問責対象としての一連の実行行為にとりかかる」ことである。未来の行為が一罪を構成しないのであれば、それは中止減免という給を用いずとも、新たな罪という鞭で抑止される。逆にいえば未来の行為があわせて（包括）一罪を構成する限り、たとえば当初の行為計画によればなすべきことをすべてなした後であったとしても、なおその「未来の行為」の不作為だけで既遂到達が妨げられるのであれば、それをもって中止行為としては十分と解すべきであって、いわゆる個別行為説は中止減免の趣旨に合致しないと思われる。また実行の着手にいう（既遂到達の）時間的な切迫性は、謙抑性の観点から外在的に要求されるにすぎないから（だからこそ「早すぎた構成要件の実現において」既遂の故意に対する帰属を判断する際にも、既遂発生が時間的に切迫しているかどうかそれ自体は、厳密に理論的にいえば重要ではないのである。もっとも正確にいうと故意は行為者の処分の必要性を徴表する要件であるから、狭義の因果経過の逸脱〔因果関係の錯誤〕においても故意犯に特有の主観的帰属を論ずる必要はなく、ただ早すぎた構成要件の実現においては行為者にどこまでやったつもりがあれば、最後までやりきったのと同視するほどその危険性が表れているかが問題となりうるにすぎない）、これを（逆犯罪である）中止犯においてまで前提とするのは適当でない。そうでないと、たとえば（間接正犯を含む）離隔犯のケースで中止犯が成立するためには、時間的に切迫するまで行為者がわざわざ待たなければならなくなってしまう。とはいえ時間的に切迫するまでは、そもそも未遂犯の構成要件が充足されえないことは否定できないから、その限りでは予備の中止という法形象が承認されなければならないことになる。その効果は「予備の中止を一律に否定することで、この種のケースが通常の中止犯よりも不利に扱われてはならない」というにある（ただし、しばしば指摘されるように、通常の予備罪の法定刑には免除が含まれているから、実際上の意味はあまりない）。学説でさかんに議論されているのは共（同正）犯の中止であるが、共（同正）犯にも中止犯規定が適用されることを認めるのであれば（ドイツ刑法典 24 条 2 項には明文の規定がある。なお 31 条に定める関与の中止未遂についても、離隔が存する限りで話は本質的に共通する）、議論の核心はむしろ共（同正）犯行為と既遂との間にしばしば存在する離隔の扱いであろう。

なお上述の主観的帰属を故意への客観的帰属と表現するものもある、というより、ロクシン自身がそのように表現することもある（狭義の客観的帰属＝危険実現に対して計画実現とよばれる）。クラウス・ロクシン『「概括的故意」に関する考察』『トマス・ヴェルテンベルガー古稀祝賀論文集』（1977）109 頁以下。しかし「〇〇帰属」とは「〇〇構成要件への帰属」（ないし単に「〇〇構成要件」）を意味しており、しかも故意は論者によれば主観的構成要件なのであるから、かかる表現は「主観的構成要件への客観的構成要件（への帰属）」というナンセンスに帰してしまおうであろう。かかる表現における「客観的」とは行為者の認識（ないしその裏返しとしての錯誤）そのものではなくて、むしろ現実が生じた事態が故意によるものといえるかという、法的な評価が決定的であることを示すために選ばれた語用であろうが、非常にミスリーディングだと思われる。さらにロクシンらが故意そのものを欠如させる余地のある——実は早すぎた構成要件の実現もそうなのだが——錯誤論の一部、具体的には打撃の錯誤の一部を、この故意への客観的帰属に落とし込んでいるのもまた支持することはできない。

61) これは具体的にいうと、そのまま続ければ一連の実行行為を構成するであろう、さらなる作為の不作為ないし不作為の作為がなければ発生する、あるいは、それがあってもなお（別途、作為

性⁶¹⁾が、なんとか既遂に到達しないよう（=かかる危険を消滅させるよう）行為者にはたらきかける独自の逆犯罪であり、それ自体として独自の逆不法・責任を有するのであるから、たしかにその効果は未遂犯の刑罰を減らすところにあるものの、その体系的な位置づけを未遂犯の中に求めることはできない。むしろこういったことをわきまえたうえで、かかる逆不法・責任のことをあえて違法・責任減少と呼び直すのは自由であるが、あくまで未遂犯そのものの違法・責任が減少しているわけではないことに十分な注意を要する。他方、一身の刑罰減少事由というの、たしかに中止犯が未遂犯の刑罰を減らすという意味では、ただちに誤りであるとまではいえない。しかし、それもあくまで逆犯罪者に逆刑罰が科されることの効果にすぎず、未遂犯に内在する刑罰減少原因に基づくわけではないことに、再び十分な注意を要しよう。

このように解すると「自己の意思により犯罪を中止した」とは、ちょうど「自己の意思により犯罪を実行した」の裏返しととらえることができるのであるから、具体的不能や失敗未遂（*fehlgeschlagener Versuch*）、すでに目的を達した未遂（*zielerreichender Versuch*）と中止犯、中止行為と危険消滅、既遂不達成との間の因果関係⁶²⁾、中止故意・過失⁶³⁾、中止行為時の責任能力⁶⁴⁾など、中止犯に関わる論点は基本的にすべて（通常の犯罪論とパラレルに）解決するこ

であれ不作為であれ危険消滅行為がない限り）残存する既遂到達の危険性のことである。

- 62) たとえば結果回避可能性 = 中止行為に出なければ危険は消滅しないことが必要であるものの、第三者の危険消滅行為を仮定することでこれを否定するのは、良い行いをする人がもう1人いればそれを悪い行いとするような、ある種の評価矛盾を生み出すから許されないことになる。
- 63) この問題を最も掘り下げて検討したのは和田俊憲「未遂犯」法律時報 81 巻 6 号（2009）36・37 頁である。そして、そこでの対立点とはつまるところ「未遂を犯した合理的犯人像」（37 頁）が、注意して事態を観察すれば中止せず既遂を実現しえたことを、（中止故意とは別に）中止犯の要件として掲げなければならないか否かにある（さすがに中止過失のみで中止犯を肯定する論者はいないであろう）。和田は「故意・過失については、犯罪論と中止犯論との間の対称性が破れることになる」（37 頁）とするが、合理的の主体観を裏返し忘れているように思われる。
- 64) このうち弁識能力の側面をとらえて、中止犯の規定を知りえない者に中止犯が成立しなくなってしまう、との批判もなされている。しかし中止が刑法の望むものであることを知りえない者にまで、中止犯を成立させるのはむしろ不適切だと思われる。たとえば「殺意をもって被害者に行ったん重傷を負わせてしまったら、さらなる痛みや後遺症の恐れなどを考慮すると、むしろ中止する方が悲惨な帰結を生むから殺しきった方が良く、刑法的にもそのように解されている」と信じ込み、かつその誤解を正すチャンスのなかった者がむしろ被害者を苦しめるために、殺人未遂後にあえて中止したとしても中止犯を成立させるべきではなかろう。

とができる。一例をあげると、被害者の鳥肌（ないし出血）を見て性器が勃起しなくなったため、強姦を諦めたというような事案において、そもそも中止行為が否定されるのか、それとも任意性が否定されるにすぎないのかが争われているが、これはまさに通常の犯罪論における行為のとらえ方に依存している。すなわち有意的行為論によれば前者となり、自然的行為論によれば後者とされることになる。不作為による中止における裏返しの作為義務は、ちょうど救助行為の中核的な部分にとりかかったことにより、それをやりきることが義務づけられるのと同じ（裏返しの）原理に基づいて、犯行の中核的な部分にとりかかったことにより与えられることになる。また、より重大な危険を創出する唯一の方法として、危険消滅すなわち中止に出た場合には、いわば逆正当化事由が備わるため、中止犯は成立しないことになる。もっとも中止犯はあくまで補充的に投入される法政策にすぎないから、正当化のプリンシプルがすべてそのままのかたちで妥当しなければならないわけではない。たとえば不可避免的に重大な危険が生じてしまったからといって、必ずしも中止犯の成立を否定しなければならないわけではない半面、上記消滅させられた危険が人格的利益に対するものであったとしても、なお中止犯の成立を否定することがただちに憲法違反となるわけではなからう。

むろんそうはいっても、これらの論点をきちんと解決するためには、通常の犯罪論に関するトレーニングを、それなりに積まなければならないのだが、それは本稿外で行っていただくほかない。それゆえ、ここではごく簡単に説明するにとどめるが、たとえば①具体的不能（ないし客観的失敗未遂）においては可罰的未遂を基礎づける危険が、そもそもいかなる中止行為によっても消滅させられない（たとえば金庫内に金塊が蔵置されていた可能性や、死体がいまだ生きていた可能性は、爾後の不作為によっても作為によっても、およそ消滅させることはできない）、②すでに目的を達した未遂や（主観的）失敗未遂は、任意性という論争的な問題に立ち入らないために、それが定型的に欠ける事案をあらかじめ括り出したものにすぎず、理論的に不可欠な法形象ではない⁶⁵⁾、といった具合である。

とくに、すでに目的を達した未遂との関連で付言すれば、③すでに既遂に達したと誤信してやめたのであれば中止故意が欠けるし、また犯行の動機、犯行計画の目的——ドイツの学説は構成要件外の目的と表現する——が達成された（と誤信した）のなら任意性が欠ける（後者はとくに未必の故意に基づく未遂の中止ともよばれ、〔主観的〕失敗未遂とパラレルに扱う見解もある）。むろん任意性が

欠けるというのは、それ以降の行為の継続をやめるという形態での中止行為についてのみいえることであって、たとえばすでに作り出された既遂に至る物理的、生理的な危険を、わざわざ消滅させる行為に出た場合については別論である。

また①の場合でも既遂を妨げるべく任意かつ真摯に努力すれば、たとえドイツ刑法典 24 条 1 項 2 文（および 2 項 2 文）のような規定がなかったとしても、なお本稿のような発想から内在的に中止犯を肯定する論者もある⁶⁶⁾。しかし、それは中止犯の逆構成要件を、はじめから未遂にまで拡張・修正しておかないと⁶⁷⁾、採用することのできない結論であろう。そして、それは中止犯の歴史に照らしても、また現行の中止犯規定の解釈としても、非常に困難であろうと思われる。しかも、かりにそれが可能であったとしても、今度は真摯な努力という——その内容にもよるが——評判の悪い要件を、中止犯の既遂にまで要求

65) 失敗未遂は任意とも不任意ともいえない、その意味で任意性が欠けるのではなくて、そもそも任意性を論じる基礎が欠けるともいわれるが、それは単に任意性という語用にかかる批判にすぎない。失敗未遂という類型を独自に設定しようとする論者は、いわゆる行為意思ないその一態様である行為（犯行）計画に欠落が生じることにより、そもそも新たな中止行為により消滅させるべき危険が失われた、それゆえはじめから中止したといえないと解しているようである。しかし残念ながら、そのようなことは誰も争っていない。そうではなくて、①そもそも前記「危険が失われた」事態を引き起こした方の中止行為——これが論者の掲げる中止行為の要件をみたとすることに疑いはない——について、中止犯が成立しないとされる実質的な理由を提供しなければならぬこと、そして②それを前記「欠落」が生じた場合に共通して、中止犯を否定すべきだと論者に感じさせるファクターから推察すると、それは「これ以上、犯行を続けても無意味だから、やむをえず」中止したこと、つまり任意性の欠如に求められること、を反対者は主張しているのである。現にすぐ後にみるように失敗未遂の主唱者が想定するケースは、論者の主張する任意性の基準を適用しこれを否定しうるものである。

むしろ任意性のフィルターが粗すぎる見解は、失敗未遂によって思考経済を図るというよりも、むしろ中止犯の成立範囲を適切に限定するという役割を、一手に引き受けさせることになるのだが。たとえば和田俊憲は、ロクシンがむしろ失敗未遂の標準とすべきとしたフランクの公式を、任意性に関する主観説をいあらわしたものとして支持しつつ、他方で失敗未遂とは中止犯の前提としての危険を欠く類型だとしている。町野朔ほか編『プロセス演習刑法』（信山社・2009）113 頁以下〔和田〕などを参照。

なお学説にはイエーガーのように、未遂犯において犯行計画を考慮しないという意味での客観主義を採用しつつ、他方で失敗未遂という法形象をも維持しようとするものもあるが、それはそもそも中止故意の欠ける事例類型を捕捉せんとしているのである。同・前掲『帰責可能な危殆化の逆転としての中止未遂』を参照。

66) 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂・2005) 284・285頁が典型例である。すなわち「中止行為と結果の不発生との間の因果関係」「を不要となし得ることの理論的根拠」として「通常の犯罪の成立の場面においてすでに、結果不法の不発生の行為への帰属は無条件で行われる」ことをあげるのである。しかし残念ながら、中止犯においてその成否が問題となるのは「通常の犯罪」ではなくて、彼がいうところの(「プラス犯罪」=「通常の犯罪」に對置された)「マイナス犯罪」である。つまり中止行為に無条件で帰属されるのは、むしろ結果法の不発生=結果不法の発生の方なのである。なお同・前掲『講義刑法学・総論』426頁注17では、「内在的」であることの論証が大きく切り詰められ、また脚注に落とされているが、これは望ましいことだと思われる。

また「結果の発生が不能であるにもかかわらず未遂犯の成立が認められている場合とは、仮定的判断によって未遂の危険が認められている場合であるから、そのような仮定的判断において認められた危険を中止行為によって消滅させれば、すなわち、危険が現実のものであったと想定して、それを消滅させる行為を行えば、中止犯の成立が認められるべきである」と述べるものもある。佐伯仁志「未遂犯論」法学教室 304号(2006) 133頁。しかし前段は中止犯を肯定する理屈としては正しいものの、仮定的判断において仮定される事情が生起する可能性を、行為者が中止行為によって因果的に消滅させようという、具体的不能の場合には妥当しない事実を前提としており、かかる場合にも主張可能な後段と「すなわち」で結びつけるのは論理的な誤りである。論者はかかる場合に、行為者にできないのは結果の発生・不発生を左右することだけであり、結果が発生する可能性をそうすることは可能だと考えているようであるが(133頁)、前者ができないのは後者ができないからであって、この論証は成り立たないであろう。他方、後段はとくに理論的背景をもつわけではなく(繰り返しになるが離隔犯において、仮定される事情が現実存在したと仮定して、時間的に切迫してはじめて着手を肯定するのは、現実にかかる事情が存在した場合と同様、判断の安定性からくる〔危険判断とは〕外在的な要請にすぎない)、むしろ妥当性感覚に支えられた主張であるが、「中止行為と(仮定的なものを含めた)因果関係があれば……中止犯を認めることができる」(134頁)といいながら、「仮定的なもの」だと分かていれば中止犯を認めないというのは、要するに「仮定的なもの」は中止故意の対象である、危険消滅に対する「因果関係」に含まれないということである。つまり、この妥当性感覚を刑法学の術語で表現するならば、それは「中止犯の逆構成要件を未遂にまで拡張・修正すべきだ」というに帰するのである。だからこそ論者が後段を主張する実質的な根拠として掲げるのも、「事前に結果の防止措置が必要かどうかは、行為者の立場からはわからないのであるから、結果の防止を万全なものとするためには、とりあえず結果の防止措置を義務づけることが合理的であり、そのためには、結果不発生との間の因果関係の有無を問わず、中止行為に対する褒賞を与えることが望ましい」(133頁)という、未遂にまで拡張・修正すべきだとする最も典型的なそれである。しかし、それは現行法の解釈として、論者が当初、前提とし、私も支持したものではない。論者の主張する帰結のうち唯一、単純な「拡張・修正」にとどまらないと思われるのは、仮定される事情が現実存在したと仮定すれば認められる危険が、現実消滅させられなければならないというかたちで、逆構成要件の「既遂」性を維持しているところである。こうして「行為者が救急車を呼ぶために電話をかけに行った間に、第三者が被害者を病院に連れていった」(133頁)とか、被害者に向け弾を1発、発射したものの外れたと思い、その段階で突如、良心の呵責に苛まれ、さらに撃つのを

やめたところ、実はもともと弾は1発しか込められていなかった一方、すでに1発目が命中し被害者は致命傷を負っていたものの、たまたま通りかかった第三者がこれを救助し一命をとりとめたという、ドイツで（少数説を除き、危殆化の逆転は未遂で足りるという理由から）刑法典24条1項2文（ないし1文前段への準用）の適用対象とされる事例——前出の具体的不能（untauglicher Versuch）の場合に対し、具体的に可能だが中止行為とは無関係に、既遂到達が妨げられた場合（具体的に可能な障害未遂〔gescheiterter Versuch〕）とよばれ、当然ながら、被害者が治療を拒否したり故意有責な第三者の行為が介入したりするなど、既遂の帰属が妨げられるにすぎないケースも含まれる——でも、中止犯が成立しない（133頁は「このような場合は、そもそも中止行為がないということもできる」という）という差別化が図られることになる（むしろドイツでも、実行の着手時期にかかる議論の裏返しとして、たとえば電話をかけに行った段階で、すでに既遂到達が妨げられたのであれば、いまだ中止行為の中核的な部分にとりかかったとはいえない、それゆえ中止行為のいわば予備にすぎず、それでは中止犯の未遂に必要な行為〔ドイツでは真摯な「努力」がそれにあたる〕としても十分でないとする見解もあるが、論者によれば、たとえそういった見解を採用しなかったとしても、あるいは、かかる部分にすでにとりかかっていたとしても、なお中止犯が否定されるのであるから、この点の対立は論述に影響を与えない。加えてドイツでは、抽象的危険説により可罰的不能未遂を規定することの裏返しとして、中止犯の未遂においても行為者が、既遂の回避に最適と主観的に考える手段を投入するだけで、十分に「真摯な」努力といえるとする見解も有力であるが、それは論者の構成により、あらかじめ排除されていることに注意を要する）。しかし、そのようなことは真面目に主張できないであろう。行為者が被害者を病院に運ぶ途中で毒が致死量に達していないと気づいたり、あるいはそこまでさかのぼらなくても、医師が解毒剤を投与する前に行う検査の途中でそれに気づいたりしたとき、それでもなお解毒剤を投与しきるところまで実現されることが、中止犯の必須の要件だというのはナンセンスである。

ただし行為者が作為の必要ありと誤信してそうしたにすぎない場合であっても、代わりに続行不可能性を誤信した不作为により危険が消滅していれば、裏返しの錯謬論により中止犯が成立しうことは別論である。たとえば何発も弾が込められているにもかかわらず、行為者は1発しか弾が込められていないと誤信しているピストルの銃口を、殺意をもって被害者に向け一度だけ引き金を引いたところ、弾は腹部をかすめただけであるにもかかわらず致命傷を与えたと誤信した行為者が、突然、良心の呵責を覚えて被害者を病院に運び医師に託したような場合がそれにあたると。

- 67) たとえばイエーガー・前掲『帰責可能な危殆化の逆転としての中止未遂』65頁以下を参照。なお危険消滅を正犯的に実現しなければならないのか、それとも共（同正）犯的に実現するだけでよい——その意味で中止犯の逆構成要件は拡張・修正されている——のかには争いもある。学説には原則として（共同）正犯的の中止を要求し、ただ医師などの専門家に処置を委ねる場合には、例外的に狭義の共犯的の中止で足りるとするものも多い。しかし、たとえそのような場合であっても、なお積極的な関与が要請されるという意味で、原則どおりの要求を立てるものもある。また危険の消滅に対し、幫助的ではあるが代替不可能な決定的寄与を行った場合についても、例外的に中止行為として十分であるとする見解と、中止行為の本質は危険消滅の回避可能性だけでは汲

しなければならなくなってしまうのである。

問題は一見すると通常の犯罪論に対応物をもたない⁶⁸⁾、学説がさかんに議論する⁶⁹⁾ところの任意性である。しかし、これは中止犯の逆責任（「自己の意思により」）の内容を構成する実体的概念ではなくて、あくまでそのような逆責任を基礎づけるモメントが、中止減免にふさわしいほど大きいかを規律する、一種の機能的・規制的概念にすぎないと解すべきであろう。任意性判断に関する一定の標準に対しては、「自己の意思により」という文言を超えるものであるとの批判がなされているが、それが失当である根拠は、かかる文言が無限定ともいいうるほど抽象的であるという文理解釈のレベルにとどまらず、任意性概念の本来の性質という目的論的解釈のレベルにも求められうるのである。ちょうど通常の犯罪論にいうところの期待可能性とパラレルに考えれば分

みつくせず、あくまで危険消滅の過程で主体的かつ主導的な役割を果たさなければならぬとして、これに反対する見解が主張されている。現実の事案においても問題になりうるし、また真摯な努力の実体をここに求めるものもあるから、非常に重要な論点ではあるものの、紙幅の関係上、ここでは省略することにしたい。一言だけ注意的に付け加えておくと、かりに共犯にも中止犯の規定が（類推）適用されうるとしても、既遂に発展すべき共犯の因果性を除去し、既遂の（共犯的）帰属を妨げること——正犯の場合と同じく既遂の直接的妨害はその一現象形態にはかならない——に対しては、やはり正犯的加功を求めるのが本則とされることになる（この点でドイツのように、24条2項1文により因果性の除去を超えた既遂妨害を要求し、せいぜい正犯が別個の犯罪に及んだと評価しうる場合に、任意かつ真摯な努力を条件として2文で拾うにとどめるというのは、理論的にはあまり望ましくない立法形式だと思われる）。

68) なかには任意性に関する限定主観説を批判して、「犯罪構成要件に故意を超えた『悪しき意思』が必要でないと同様に、中止犯という裏返しの構成要件にも、悔悟といった『良き意思』は必要ないと解すべきである」と述べるものもある。佐伯・前掲「未遂犯論」134・135頁。しかし、そのようにいうのでは、そもそも中止犯にとり中止故意を超えた任意性は不要であるという、自身がわざわざ批判した見解と同一に帰してしまう。犯罪論を裏返しても任意性が出てこなさそうであることが鬼門なのである。

69) 学説には任意性の標準を正犯性のそれに求めるものもあるが、それは任意性の問題を解決するというよりも、むしろ正犯性という新たな問題を背負い込む所為にはかならない。たしかに中止犯にいう任意性は、背後者の正犯性を阻却する行為媒介者のそれ（被害者の関与にいうそれも含む）と、判断の基準において重なるところはある。しかし、だからといってそのおのおのについて、論証なしで済ますことは許されないのである。中止犯に正犯性の標準が関係あるとすれば、せいぜい中止行為の危険消滅に対する正犯性を要求したときであろうが、そうすべきかどうかは本稿では扱わない。

かりやすい。たとえば法の不遵守動機を備えたとしても、なお中止しないことが非常に困難なパニック・ショック状態に陥ったとか、あるいはパトカーのサイレンが聞こえたので発覚を恐れてやめたというような、行為者にとってより重大な利益を実現するには中止するほかない場合、さらには「良い人」=中止犯の目指す状態に敵対的でない人間になったのではなくて、単に犯行計画を効率的に実現する観点から、それを挫折させる外部的障害を表象して中止しただけの「悪い人」であるような場合には⁷⁰⁾、任意性があったといえるほどには、中止しないことが期待可能であったとはいえないことになる。これに対して発覚まではゆかず、ただ処罰に対する抽象的な恐れから中止した場合には、任意性を肯定するのが一般的であるが、それもまた同じ話であって、ここではあくまで「当初から懸念された程度の処罰リスクよりも、犯行の方に大きな意義を見出した合理的犯罪者」が組上に載せられているからである。同じ理屈で、たとえ道徳的な動機に基づいて中止した場合であっても、なお任意性が否定される余地はあり、この点では通説ないし有力説と袂を分けたねばならない。たとえば殺人の実行に着手した後、命より大切にしている愛犬が傍の池で溺れてい

70) 「合法性への回帰」というメルクマールのもつて（刑罰目的説）、犯行計画の強度によって失敗未遂を切り分けようとするのも——中止犯規定を（ドイツでは）答責性阻却ないし（わが国では）可罰的責任減少事由ととらえる、その理論構成においては既述のような難点があるものの——中止犯を否定しようとする実質的な根拠においては同様であろう。ただし他罪ないし再度の実行を念頭において中止した場合に、そのことのみをもって任意性を否定するのは適切でない（むしろ一罪を構成する将来の行為を留保したにすぎない場合には、そもそも既遂到達の危険を消滅させたとはいえないから中止犯は成立しないが、これはまた別の話である。しばしば放棄の「終局性」が任意性の要件であるかが争われているが、それはこの限りにおいてのみ、しかも任意性以前の段階で中止犯の要件となるのであって、これを超えて、たとえば警官に見つかってしまったから、ほとぼりが冷めた数週間後に出直すつもりで、いったん犯行を中断したといったような、しばしばこの文脈であげられる事例において任意性が否定されるのは、終局性が欠けるからではなく逮捕を恐れてやめたからである。だからこそ出直すつもりがなくても任意性が否定されるのである）。性格責任を徴表する犯罪成立要件も、そのようには構成されておらず、そのことは逆犯罪にも同じく妥当すべきである。すなわち逆構成要件も本来の構成要件と同様、たとえば法益を標準に個別化されたものである。したがって規範的考察説に立ち、同じく「合法性への回帰」を任意性の標準として掲げるとしても、およそ抽象的に「規範的な非難可能性が減少したか」を問うウルゼンハイマーなどより、被害者が金を差し出したとか、より好みの女性が通りかかったという理由で強姦を中止した場合にさえ、任意性を肯定するロクシンの方が正鵠を射ている。たとえば

ることを知り、これを救助するために中止したような場合には、自身にとりより重大な利益を守るために、やむをえず人殺しを中断しているにすぎず、かりに動物愛好家という気質が道徳的に望ましいとしても、なお任意性を肯定するだけの理論的な力はないといわざるをえない（現住在建造物に放火しようとしたところ、中に親がいるのが見えてやめたとか、あるいは非現住在建造物に放火しようとしたところ、中に人がいるのが見えてやめたといった場合も同じく、たとえ親孝行の気持ちや人命尊重精神が道徳的に望ましいとしても、なお任意性が否定されることになる）。要するに道徳的な動機が任意性をみatusのは、たとえば突如沸き起こった強度の良心の呵責から自由になるという、自身にとりより重大な利益を守るためにやむをえず中止するといったような、あくまで逆責任の内容を与える気質が問題となる場合に限られ、逆にひとたび逆責任の内容が与えられさえすれば、法と道徳が同値ではない以上、道徳的な動機に基づかずとも任意性を肯定してよいのである。あるいは財布を盗る目的で、被害者の上着の内ポケットに手を入れたものの、これに気づかれたためにやめたという典型例でいえば、任意性を一律に肯定したり否定したりはできず、たとえば①発覚・逮捕・処罰のリスクが高まったため、それを避けようとしたとか、②スリの練習をしていたので、気づかれた段階で「失敗したから、もう一度、別の人で練習しよう」と思ったのであれば任意性は否定される一方、③行為者の潜在的に有

クラウス・ウルゼンハイマー『学説と実務における中止未遂の基本問題』（1976）341・342頁を参照。

問題は失敗未遂から外された事例類型を規律する、任意性の基準として論者の掲げるところが、実質的に失敗未遂のそれを包含していることである。つまり具体的な犯行計画に強度に拘束された未遂犯人にとっては、その計画が失敗に終わったと判断した時点で中止する方が、むしろ合理的（原語の“Vernunft”を「理性」と訳すものもあるが、ドイツ観念論の伝統をもたないわが国においては、もちろん文脈に従って「合理性」と訳すべきである）だと考えられるのである。

なお以上で論評した見解についてはクラウス・ロクシン「着手中止について」『エルンスト・ハイニッツ古稀祝賀論文集』（1972）251頁以下、同「失敗未遂」JuS（1981）1頁以下、同『刑法総論（第2巻）』（2003）第30章および山中敬一『中止未遂の研究』（成文堂・2001）を参照。ことにロクシン・前掲『刑法総論（第2巻）』608頁によれば、失敗未遂と中止未遂の区別は、たしかに心理学的考察説を基礎とすれば大きな実践的意義を有するが、しかし規範的考察説にとっては意義がより少ない、なぜなら、それ以上続ける意味を失った未遂を失敗未遂と承認しなくても、行為計画の観点からは無意味な未遂をやめることだけが合理的であるため、かかる未遂はどのみち任意性を欠く中止未遂となるからだ、という。

していた法益尊重的性格が頭をもたげたのであれば、それは肯定されることになる。構成要件外の目的達成というのも、②と基本的には同じ（つまり③の逆）であって、たとえば見たこともない珍しい鳥を撃ち落とすため、近くの人に当たるかもしれない思いながらも、命中するまで発砲し続けようと思って引き金を引いたところ、1発目で命中したのでそれ以上の発砲をやめたような場合には、当初の殺人未遂行為に表れた人命軽視の性格は中止行為において、なんら減少をみせていないから任意性は否定されることになる。

そして、このように考えることができるのであれば、事後行為に基づく減免事由一般に関しても、それが裏返しの犯罪論としての性質を有する限りにおいて、たとえ明文で要求されていなかったとしても——つまり、わざわざ「自己の意思により」という文言が挿入されていなかったとしても——なお同様に任意性を論ずる余地があろう。学説には、中止犯においてだけ任意性を論ずる余地のあることを前提に、これを特徴づけようとするものもあるが、上記文言はその存否を決定的とするには、あまりにも抽象的であることに加えて、そこで論じられている事柄の実質が、中止犯に限った話でないことは明らかである。この点についても議論がさかんなのはドイツであり、任意性が規定されていない場合にはこれを不要とする解釈が有力であるが、そこで実際に「任意性がなくても減免しうる」としてあげられている事例は、本稿で述べたところを標準とすれば任意性を肯定しうるものである。しばしばあげられるのは、警官隊に取り囲まれた状況下での人質解放に対する減軽であるが、どのみち逃げ切れないことに思いを致し、観念してそうしたならば任意性は肯定されよう（逆に警官隊に取り囲まれそうになり、逮捕を恐れて足手まといとなる人質を解放したにすぎないならば、それは否定されることになる）。これは人質に殺意をもってピストルの銃口を向けたのち、同じ理由から銃口を下げた場合に殺人未遂の中止犯が成立するのと同じであり、現に解放減軽規定が任意性を要求するオーストリアでは、それを肯定するのが一般的である。むろん、かかる事後行為に基づく減免事由が中止犯と同様の性質をもつ、すなわち（さらなる被害を引き起こした場合との刑罰〔＝鞭〕格差が小さいことから、そうさせないよう）行為者を誘導する「飴」であることは必要であるが、それははじめから前提とされている。

ここからも分かるように、いわゆる心理学的考察説と規範的考察説の対立的を失っており、逆責任が責任と同様——規範的責任要素という意味に限らず——規範的な観念である以上、それを規律する任意性はいうまでもなく規範的な考慮を要求する。ただ、それだからといって倫理的⁷¹⁾な観点を、直截に容

れてよいことにはならない、というだけである。このようなことからすれば、むろんわが国の伝統的な学説対立も、同じく的確であるとはいいがたい。過失の標準においてしばしば指摘されるように、主観説と客観説は「法が統一的な水準を要求する属性もあれば、個々人の違いをそのまま受け容れて赦す属性もある」点を看過するものであって、いわば帯に短く襷に長い。他方で限定主観説は、倫理的な観点の流入を妨げない点で、別の難点を含んでいるのである。

最後に減軽か免除か、それとも関連して、すでに既遂に達した他罪の扱いも問題になりうる。これについても、ここで詳論するのは適切でないと思われるが、逆刑罰の大きさを決するにあたって、刑罰の場合と基本的には同じように考えるべきであろう。

学説には画一的な基準を持ち出し、①未遂のなかに、すでに既遂に達した他罪が含まれている、たとえば殺人未遂のなかに、傷害の既遂が含まれているような場合には、たとえ殺人未遂につき中止犯が成立したとしても、なお刑を免除することまでは許されない⁷²⁾とか、②たとえ傷害の程度が死亡に発展するほどのものではなかったとしても、なおその悪化を妨げる行為に出ない限り——つまり内包既遂犯の違法性が増大する危険を消滅させない限り——はじめから中止行為としては十分でない⁷³⁾などと述べるものもある。

しかし、まず①どれほど軽微な傷害であろうとも、免除まで行けないというのは妥当でない。むろん論者が加重未遂において刑の免除を否定するのは、中止未遂を不可罰としつつ内包既遂犯を処罰するドイツなどと比べ、処遇に大きな差が生じることに合理性を見出しえないからにすぎない。その意味で免除が否定されるのは、減軽にとどめるに相応しいほどの傷害に限られるという、暗黙の前提が付されているのかもしれない。しかし減軽にとどめるべき事情を、文言上そうする必要もないにもかかわらず、内包既遂犯の量刑事情に限定して

71) 先にあげた具体例をみても分かるように、広義の後悔等を要求することがただちに「倫理的」であり、許されないこととなるのではない。あくまで中止犯の成否を通じて国家が、一定の価値観を押しつけることとなるのが、ここにいる「倫理的」であって許されないのである。たとえば中止行為時に啞え煙草をしていたことは、たとえ多くの人が「反省が足りない」と感じたとしても、いかなる意味でも逆責任に影響しないであろう。他方、医療機関に自己が犯人であると申告しなかったことは、より高い処罰リスクのもとでも中止した者よりは高い危険性を徴表するが、それでもなお逆責任としては十分な大きさを備えていると思われる。

72) 町田行男『中止未遂の理論』（現代人文社・2005）など。

73) 和田・前掲「未遂犯」34・35頁など。

しまうのは、適切な範囲を超えてドイツに寄りすぎだと思われる。

また②そのような要件は論者の想定に反し、中止減免の根拠から論理必然には出てこないであろう。論者は「殺人未遂成立後、生命の危険は消滅しても、傷害が悪化すれば、殺人未遂の違法性は増大すると思われる。中止行為の要素として、危険の消滅や少なくともその減少が求められるとき、そこでは、未遂の違法性を中止の時点よりも増大させない行為が要求されている。」⁷⁴⁾と述べる。このうち後段は正しいが、傷害が悪化することで「死ぬかもしれない」度合いが高まらない限り、前段は誤っているというのがその意である。殺人未遂の不法とは「死ぬかもしれない」度合いのことなのである。論者は殺人未遂行為に帰属可能なもろもろの不利益を、すべて斟酌するつもりなのかもしれないが、それでは広すぎることは明らかであるし、また、たとえ視野を傷害に限定する理屈を見出しえたとしても——とはいえ、たとえば傷害の悪化による痛みにより、被害者が覚醒しえた場合を考えれば明らかなように、傷害の悪化の防止は殺人既遂の防止にとって、いわば「万全を期する」、「念には念を入れる」という関係にあるわけでもないから、そういった理屈を見出すのは非常に困難なのであるが——たとえば問題となる傷害の悪化がせいぜい傷口の化膿程度のものであるとか⁷⁵⁾、あるいは現代医学では完全に防げないものであるとき、一律に中止犯の埒外としてしまうのも妥当とは思われない。結局、傷害の悪化を食い止めた（あるいは放置した、ひいては努力したが食い止められなかった）ことは、せいぜい減免ないし、その先の量刑判断において考慮するのが妥当であろう。

（3）刑罰論の外枠

このように独自のインテグリティを備えながらも、さまざまな方向にその類似性を見出してゆく刑罰論ではあるが、それがあくまで国家権力の一作用に

74) 和田・前掲「未遂犯」34頁。

75) 論者は周到にも「かすり傷を負わせたに過ぎない場合にまで治療を求めるのは過剰であろう」と留保を付している。和田・前掲「未遂犯」34頁。しかし問題は、それが論者の前提から出てこないことである。殺人未遂の不法、つまり被害者が死に至る危険を離れた、当該殺人未遂行為に帰属可能な傷害の悪化には、当然「かすり傷」の化膿も含まれるからである。なお塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古稀祝賀論文集（第3巻）刑法の理論』（成文堂・1997）258頁以下は軽微な傷害の治療まで要求するが、それを（単に因果的のみならず）規範的な危険の減少というだけで理論的に根拠づけるのは至難の業であろう。

ほかならない以上、それを限界づける外枠もまた厳然として存在せざるをえない。それこそ近年になって刑法学界の最もホットなテーマのひとつとなり、さまざまなシンポジウムなどで頻繁にとりあげられる自律という観念である⁷⁶⁾。

かつて平野龍一は団藤重光流の行為無価値論に対し、それが国家による価値観の押しつけにつながるとして激しい批判を加えた。その趣旨は今日風にいえば、まさに自律侵害といったところであろう⁷⁷⁾。もっとも現在では井田良を始めとする（わが国では）新しい行為無価値論者の台頭によって、自律は侵さないとする点で結果無価値論者との間に合意ができて⁷⁸⁾いる。むしろ近年になってさかんに議論されているのは、その自律が刑罰論の個々の局面をどこまで縛るのかである。

刑罰論はその性質ないし側面に応じて、論理的にか事実上かという違いこそあれ、一定の不法を前提として構成されている。その不法の存否を個人的法益に対する罪というかたちで、被害者に決定させることにしたのが同意という刑法理論であり、これまでは主としてこの同意が議論の俎上に載せられてきた。具体的にいうと、たとえ個人的法益に対する罪＝同意という定式化が自律のただちに要請するところではなく、たとえば「当該利益を個人に帰せしめ、彼／彼女に処分を委ねた方が効率的だから」という（法の経済分析が想定するような）理由から導かれているのだとしても、そこで（他の弊害の防止や自律のよりいっそうの保護ではなく）同意する動機の下劣さを根拠に不法を肯定したのでは、行為者を恃んで一定の目的を実現せんとする被害者の自律が侵されてしまうというのである。たびたび繰り返されてきた判例批判は、まさにこの点を指弾するものであった⁷⁹⁾。

もっとも最近ではこういった自律による縛りを、同意を超えてさらに推し進める動きもみられる。同意というのは人口に膾炙した表現を用いれば、被害者が法益処分の自由を行使したということである。しかし被害者が現実になんとか自由を行使していなくても、場合によっては被害者の価値観に照らして不法を否定しなくては、同意があるときと同じく国家による価値観の押しつけにつながりうるのではないか。このようにいうのである。被害者が回復の見込みがない昏睡状態に陥ったとき、その従来の価値観から忖度して利益を処分するなどは典型例であるが⁸⁰⁾、むしろほかにも見落としやすい例はたくさんある。

たとえば目の悪い被害者が友人の姿を見知らぬ人と見間違えて、上階の窓から家に入ると声をかけたものの、友人は「上階まで上れば間違いに気づくだろう」と思い、声を無視して家に立ち入った場合、友人は住居侵入罪の不法を

76) 繰り返しになるが誤解のないよう付言しておく、罪刑法定主義や責任主義は刑罰論の性質ないし側面によっては、必ずしも要求されないか、もしくは要求されてもその実質的な内容を異にしうる。問題は国家行為の憲法適合性を一般に規律するとされる比例原則であるが、それは——たとえいうところの自律が功利主義からでも導けるものであるとしても——自律の後に出てくる観念にすぎない。

77) 以下の議論においては自律侵害という表題のもとで、主として国家による一定の価値観の否定、すなわち、いわゆる根源的平等違反を想定しているが、争いはあるものの、自律の内容が根源的平等に尽きるわけではない。安全という公共的利益を超えた、生命という人格的利益を直截に侵す行為が、攻撃的緊急避難として正当化されえないと一般に解されているのも、このことを裏書きしている（少なくとも冤罪被害者に対する死刑は誰もが攻撃的緊急避難＝功利主義的発想によってしか正当化しえないと解する以上、誤判を原理的にゼロにできないと認めながら必ずしも死刑廃止論にコミットしない論者が多いのは、たとえ死刑が十分な抑止に必要であることを前提にしたとしても〔いわゆる死刑の抑止力をめぐる議論はこの点に関係する〕、なお上記と矛盾するのではないかが問題となる。おそらく、そういった論者は冤罪被害者に対する死刑の許容性を、①〔潜在的ではあれ危険源に対する処分である点で、やや性質を異にするものの〕伝染病の予防に必要な予防接種の強制が、〔死亡を含む〕予防接種禍のリスクを算入したとしても、なお許されると解されていること〔それがたとえば立法政策として望ましいかどうかは別としても、個別接種型を前提とした努力義務を課すことしか許されないというわけではない〕、ひいては②私的財のかたちで括るに適さない安全の危殆化となる自動車の製造・販売が、たとえ多数の交通事故被害者を生むこととなるとしても、なおその利便性に照らして許されると解されていることと、パラレルに説明するのであろう。そしてその背後には、問題となる所為が被害者の生命に対してはらむリスクが、特定の人間に特別な犠牲を強いているとは評価しえないほどに、絶対的に小さなものであるという考慮が潜んでいるように思われる。むしろリスクが現実化して被害者が死亡するに至れば、それはもはや特別な犠牲といわざるをえず、たとえかかる所為が許容され続けるとしても、なお補償の要否が問題となる余地もあるが、それはまた別論である）。つまり公的領域において法により承認されたトレードオフの関係から、あらかじめ免れさせられた自律の内容として根源的平等だけでは足りず、究極的にはその根拠として統合されうるものの、それとは別に、（先の生命侵害を典型例として）個人の生の在り方を決定的に規定する権限を、国家から奪うことまでもが含意されなければならないのである。切り札としての権利（と公共の福祉に基づく権利）のパラダイムだけでは足りず、自己決定権としてかかる含意が必要であることを的確に指摘するものとして、小泉良幸「自己決定とパターナリズム」長谷部恭男ほか〔編〕『岩波講座 憲法2』（岩波書店・2007）169頁以下を参照。むしろ先の例で生命を直截的に侵害しているのは国家ではなく個人（行為者）であるが、それを正当と評価する法の調整方法は社会契約の中核的な内容を侵していると思われる。

ところで刑法学においては自律の観念が、他の分野とは異なる趣旨で用いられることもある（むしろ、その趣旨が他の分野にも推し及ぼされる余地はあるが、それはここでは措いておく。むしろ他分野の先生方からご教示を賜りたい）。すなわち自律的な存在は社会において、一定のコンフリクト処理の結節点としてはたらくからこそ、そのようなものとして承認されるのであって

(自身にコンフリクトの責任が帰せられることで、それが処理されることとなる範囲を答責領域などとよぶ)、そうだとすれば結果の帰責にとって(経験則を含めた)科学的つながりとしての因果関係(これを合法的条件関係とか相当因果関係などとよぶ)では不十分であり、むしろ当該結果が自身の答責領域において発生していることが必要となる。そして他の自律的な存在を介して結果を因果的に生ぜしめた場合、当該結果が帰責されるためには自身の答責領域が、他者のコンフリクト処理についてまで責任を負わなければならないという意味で、他者のそれの中にまで拡張されていなければならない(保障人的地位の一種である)。具体的には、たとえば被害者の脆弱さや他者が過誤を犯すリスクを、ことさらに高めていなければならないのである。近年になって最高裁は、道路上で停車中の普通乗用自動車後部のトランク内に被害者を監禁した行為と、同車に後方から走行してきた自動車が追突して生じた被害者の死亡との間に、因果関係があると判示しているが(最決平成18・3・27刑集60巻3号382頁)、そういった追突事故が(たとえ甚だしい過失に基づくのであれ)社会生活上、ままありうることだというだけでは不十分である。そういった因果関係の存在に加えて実質的には調査官解説も指摘しているように、たとえば被害者を(後部座席などではなく)とくに追突事故に対して無防備な後部トランク内に監禁したことや、時間的、場所的にみて単に「道路で停車中に追突事故に遭う」というのを越えた危険な停車態様であったことが、帰責にとっては必要とされるのである。多和田隆史「判解」法曹時報61巻8号(2009)202頁以下を参照。問題はこのような意味における自律(答責領域の観念)を承認しなければならない理由であるが、それは本来の自律とは異なり近代的な個人の観念が内在的に要請するところではなくて、究極的には「そうした方が合理的である」という自律とは相反するところに求められるにすぎない。それゆえ合理的な理由があれば立法や解釈により、これを制限することも可能というべきであろう。二重の危険防止措置を要請し、その違反に罰則を科する行政取締法規や、重畳の確認義務を課する(不作為犯や過失犯の)解釈は、その典型例である。

- 78) 有力な結果無価値論者である佐伯仁志によれば「学説は、結果無価値論者と行為無価値論者が共同戦線を張って、醇風美俗論を強く批判していくべきである」という。同・前掲「刑法の基礎理論」48頁。しかも少なくともわが国の有力な行為無価値論者は、行為無価値(行為不法)だけで犯罪の成立を肯定することはしない。ここでは詳細な論証を省略するが、たとえば井田良は挙動犯や未遂犯においても、(その言に反して)実質的には結果不法を要求している。すなわち「行為無価値(行為不法)を肯定するためには、」「暴行罪という挙動犯の構成要件」では「被害者たる人の身体に対し一定の有形力が加えられるという客観的事態の発生」、「未遂犯の構成要件」では「法益への危険をはらむ事態が生じること」といった、「一定の客観的要素が実在しなければならない(行為者が誤ってそれを表象するだけでは十分でない)」のであって、かかる要素と行為との間に因果関係が必要だというのである。同・前掲『講義刑法学・総論』114・115頁。だからこそ行為無価値の存在を与える「具体的危険説による危険判断にあたっては、あくまでも現実に行われた具体的な行為が危険であったかどうかの問題とされるのであるから、まず客観的な事態の確定が前提となる……具体的危険説は、現実の事態の確定を前提とし、結果の不発生に関係する全事情を明らかにした上で、それぞれの事情が一般人に認識可能であったか、そうでなければ少なくとも行為者が認識していたかを問うのである」といわれるわけである。同・前掲『刑法総論の理論構造』268頁(ある程度、刑法学の「お作法」を身につけられたら、仕上げる確認として、

実現しているのであろうか。あるいは他の重大な危害を避けるためには、一定のリスクや被害をとらなければならないとき、被害者には選択の余地がないという点で、法益処分自由は行使しようがないであろう。しかし、だからといってリスクや被害をとるのに協力した行為者は、被害者の価値観から離れた可罰性阻却事由しか援用できないのであろうか。これらのケースでは一定の理想化された状況において被害者の抱きうる選好——価値観といってもよい——が、同意と同じくその国家による否認が自律を侵すという理由から尊重されなければならないのである⁸¹⁾。

Ⅳ 生産的な議論に向けて

I で書いたことと一見矛盾するようであるが、やはり他分野のやり口をマスターするのに王道はなく、結局は本稿をお読みいただいたのち、重要な現代的論文や古典を直接ご参照いただくほかはない。それは非常に大変な作業であるし、また刑法学者である私が他分野の先生方に対して、そのような作業をお願いするのは僭越極まりないことかもしれない。しかし刑法学の「お作法」がきちんと共有されないままに、先生方が「刑法学においては……」と続けられるのは、学問の寄与せんとする公共的な利益を害しかねないため、畏れながらあえて記すこととした次第である。

①不法が責任と異なるのは一般人を標準とするところではない、②行為不法は一般人に対して行為規範を告知するものである、③具体的危険説は一般人を標準とする、という井田の各主張が、おのおのどのような理論的關係に立つのかを整理していただきたい。矛盾していると感じたり、そうでなくても、せいぜい体系外的な説明しかつけれなかったりすれば、まだ刑法学の基礎を理解したとはいえない。結局、わが国の行為無価値論は犯罪の本性を行為無価値に求めるという、ドイツのそれが基底的なテーゼとしてきたものを放棄していることになる。この点で井田を本来の意味において、結果不法なしに未遂犯の成立を肯定するものとして批判する佐伯は、「共同戦線」といいながら味方を敵と誤認していると思われる（もっとも井田・前掲『刑法総論の理論構造』269頁が、「行為無価値の存在のみによって……処罰は可能である。しかし、行為無価値を肯定し得る未遂行為から、一定の結果不法（危険事態の惹起を含む）が引き起こされたとき、この付加的要素の存在によって違法性は高められる。これが本稿が前提とする違法二元論の立場である」と述べるのは、せいぜい「こちらに寝返りそうな敵」にしかみえないから、誤認もやむをえないところではある）。

79) 以上につき、詳しくは小林・前掲「違法性とその阻却」328頁以下を参照。

80) なおドイツでは正当化事由と客観的帰属という表題のもとで、正当防衛によっても引き起こされえた、あるいは説明義務を果たしても得られただであろう、被害者の同意に基づいて引き起こされえた結果について、客観的帰属論の適用により帰責を否定しうるかが争われている。前者については許された危険による結果回避可能性というかたちで、たとえば「投石すれば不正の侵害を排除しうるのに、ピストルで撃って怪我を負わせたが、その怪我は投石によっても生じた可能性が否定できない」というケースにおいて、怪我のピストル発射行為に対する帰責を否定する余地がある（もちろん、より重大な怪我ないし死亡までもが生じた可能性＝危険性は帰責される）。他方、後者すなわち仮定的同意については、説明義務履践の有無によって侵襲の許容性が、しかも事実上ではなく理論的に決せられるという立場を前提にしない限り、ただちに帰責を否定することはできないであろう。とはいえ可罰性を否定する余地は別にあり、それは前述したように説明義務履践の有無を問わず、被害者の潜在的な価値観を斟酌して、侵襲を直截に正当化することである（ちょうど威嚇射撃の有無によって、その後の反撃の許容性が論理的に決定されるわけではない、それゆえ威嚇射撃を経ない反撃により引き起こされた結果を、その回避可能性の欠如に基づき帰責しないという構成が無理だとしても、なお無意味な威嚇射撃を経ない反撃を正当防衛によって、直截に正当化する余地が排除されないのと同じである）。その場合に説明義務違反のもつ意味は、法益処分の自由を行使するチャンスを奪った点について、慰謝料請求を基礎づけるところにある。

81) 以上につき、詳しくは小林・前掲『刑法的帰責』249頁以下を参照。私はこれが推定的同意という表題のもとで議論されている事柄と、一定の範囲で共通する側面を有していると考えている。

ドイツではクラウス・ロクシン「刑法における欺罔によって引き起こされた同意」『ペーター・ノル追悼記念論文集』（1984）275頁以下を嚆矢とし、わが国では杉本一敏「『帰属を阻害する犯罪』の体系と解釈（2）」愛知学院大学論義法学研究 50 巻 1 号（2009）45 頁以下を最新の論者として、これを同意とまったく同じにとらえる見解も有力である。最後の例でいえば、緊急状況（ないしその誤信）の作出にかかわりのない行為者との関係では、被害者は有効に同意を与えることができるというのである。しかしそうだとすれば、かかる誤信を知悉する行為者までもが、一律に不可罰となってしまう。やはり本文で述べたように、（それが客観的にも実在するかはともかく）二者択一の緊急状況を認識し、選択の余地がない被害者に法益処分の自由を行使することはできず、せいぜい緊急避難において衝突する利益を衡量する際に、被害者の潜在的な価値観を考慮しうるとどまるのである。いわゆる“duress”が行為者によらない窮状を含み、過大な侵害性のない行為が正当とされるのも、実質的には同じ考慮が背景にあるからである。こうして上記、誤信を知悉する行為者は可罰的となる反面、緊急状況が実在する場合には、その作出にかかわりのない行為者はたとえば緊急避難によって不可罰となり、他方でかわりがあれば、たとえば原因において違法な行為の理論により、当該かわりをとらえて可罰的とされることになる。

このように述べると緊急状況が実在する場合には、いずれにせよ帰結は変わらないかにもみえる。しかし論者のように考えると、上記かわりがあったときには原因行為ではなくて、結果行為を標準に成立すべき犯罪の種類が画定されてしまう。たとえばうっかり緊急状況を作り出した行為者が、その段階で被害者の求めに応じてわざと法益を侵害した場合には、過失犯ではなく故

意犯が成立してしまうのである。この帰結が論者の企図したところであるか否かは定かではないが、少なくとも私には到底妥当とは思われない。そして紙幅の関係上、ここでは詳論できないが、たとえば「故意有責に緊急状況を作り出したときのみ同意は無効になる」というように（たとえば井田良は、緊急状況ないしその誤信の作出の場合に限らず、重大な錯誤説により幅広く同意を無効とするが、それはあくまで、たとえば意図的に錯誤を惹起した行為者との関係においてのみである）、小手先でパラメータをいくらいじったところで、どこかで必ず不当な帰結が生じるのである。しかも、そもそもそういった「いじり」は「本来、制約されるべきでない自由を誰が制約したのかという、客観的なプロセスに着目する」という出発点からは導かれえないものであろう。